

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

HET DWINGEND KARAKTER VAN ARTIKEL 15, § 2, VAN DE GECOÖRDINEERDE BEDIENDENWETTEN

1. Probleemstelling

Overeenkomstig artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten worden, wanneer het jaarlijks loon 250.000 fr. overschrijdt, de door de werkgever en de bediende in acht te nemen opzeggingstermijnen vastgesteld hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter. In de nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 is deze bepaling artikel 82, § 3, eerste lid, geworden.

Daaruit volgt dat, wanneer een overeenkomst betreffende de duur van de opzeggingstermijn gesloten werd vóór de opzegging, en niet ten vroegste op het ogenblik dat de opzegging wordt gegeven, zoals de wetsbepaling het vereist, deze overeenkomst aangetast is door een nietigheid.

2. Het cassatiearrest van 10 januari 1983*: de aanloop ertoe

Op 13 maart 1978 dagvaardde eiser zijn werkgeefster voor de Arbeidsrechtbank te Gent ten einde haar te doen veroordelen tot betaling van een bijzondere vergoeding verschuldigd bij afdanking van een beschermd werknemer en, subsidiair, tot betaling van een opzeggingsvergoeding ten bedrage van 43 maal zijn maandwedde en voordelen verkregen krachtens de overeenkomst. De werknemer baseerde zijn subsidiaire eis op de volgende bepaling van het sinds 1966 in werking zijnde arbeidsreglement: «Bij een contract van onbepaalde duur belooft de opzeggingstermijn vanwege de werkgever: drie maanden per begonnen termijn van vijf jaar ononderbroken dienst. Bij verdiensten boven de 120.000 fr. per jaar wordt deze termijn verlengd met een maand per schijf van 15.000 fr.»

Op 14 september 1979 besliste de arbeidsrechtbank dat moest worden onderzocht of de afdanking van de beschermde werknemer verantwoord was door economische

redenen, nu het paritair comité zich dienaangaande niet unaniem had kunnen uitspreken. De arbeidsrechtbank aanvaardde het bestaan van dergelijke redenen en besloot dat de werknemer geen recht had op de gevorderde bijzondere vergoeding. Wat betreft de subsidiaire vordering, weigerde de arbeidsrechtbank het arbeidsreglement toe te passen omdat volgens haar de door de werknemer ingeroepen bepaling van dat reglement strijdig was met artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten. Het in cassatie bestreden arrest bevestigde het vonnis van de arbeidsrechtbank op deze punten.

Om te beslissen dat het zelf de duur van de opzeggingsstermijn mag bepalen, liet het arbeidshof gelden dat het arbeidsreglement geen overeenkomst is, en dat de bepaling anderzijds geen rechtsgeldig effect kon sorteren omdat ze strijdig was met artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten. Het arbeidshof beoordeelde de opzeggingstermijn rekening houdende met de klassieke criteria: anciënniteit, jaarsalaris, leeftijd, uitgeoefende functie en de moeilijkheden en kansen om een gelijkwaardige betrekking op de algemene arbeidsmarkt te vinden.

In cassatie werd door de werknemer een middel, verdeeld in twee onderdelen, aangevoerd: 1) artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten beoogt slechts het geval waarin werkgever en werknemer een overeenkomst hebben gesloten betreffende de opzeggingstermijn, en deze bepaling is derhalve niet van toepassing als die termijn is bepaald door het arbeidsreglement; 2) de bepaling van artikel 15, § 2, eerste lid, is slechts gebiedend ten voordele van de bediende en alleen hij kan zich beroepen op de nietigheid die eventueel voortvloeit uit het feit dat die wetsbepaling niet is nageleefd; in casu heeft de werknemer zich niet op deze nietigheid beroepen maar integendeel zijn vordering uitdrukkelijk gebaseerd op de bepalingen van het arbeidsreglement.

Het Hof beantwoordt dit middel als volgt: 1) bij ontstentenis van een overeenkomst in de zin van artikel 15, § 2, staat het alleen aan de rechter de opzeggingstermijn vast te stellen; de rechter is daarbij niet gehouden door een bepaling van het arbeidsreglement; 2) de wettelijke regeling, neergelegd in artikel 15, § 2, is dwingend voor alle gedingvoerende partijen.

* Zie in dit nummer, alsmede de conclusie van advocaat-generaal Lenaerts.

3° Rechtsleer en rechtspraak vóór het cassatiearrest van 10 januari 1983

De meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak is van oordeel dat het ter zake een relatieve nietigheid betreft en de bediende de mogelijkheid heeft om zich op de nietigheid te beroepen van een overeenkomst daterende van voor de opzegging of integendeel de uitvoering ervan te vragen.

In een belangwekkende studie ontwikkelden Taquet en Wantiez de theorie dat de nietigheid van de overeenkomsten gesloten vóór het door de wet vastgestelde tijdstip enkel die overeenkomsten treft die een lagere termijn vaststellen dan die welke de rechter zou hebben bepaald¹.

Bij twee gelegenheden diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over de rechtsvraag: heeft de nietigheid van de overeenkomsten gesloten vóór het door de wet vastgestelde tijdstip, betrekking op elke overeenkomst, ongeacht haar inhoud, of treft zij daarentegen slechts die overeenkomsten die het wettelijk minimum miskennen of, volgens een variatie op deze tweede stelling, die een lagere termijn vaststellen dan de door de rechter vast te stellen opzeggingstermijn.

In het arrest van 15 februari 1973 besliste het Hof dat, daar de bepalingen van de wetten betreffende de arbeids-overeenkomst voor bedienden niet dwingend zijn ten voordele van de werkgever, een overeenkomst gesloten vóór het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, maar waarin de bediende een hogere opzeggingstermijn toegekend wordt dan de termijn die door de rechter moet worden vastgesteld, geldig is².

Bij arrest van 8 oktober 1975 werd beslist dat de nietigheid van de overeenkomsten gesloten vóór het ontslag moet worden aanvaard zonder onderscheid te maken tussen overeenkomsten die de werkgever opleggen een door de wet bepaalde minimumtermijn in acht te nemen en de bepalingen die een hogere termijn vaststellen dan dit minimum. De wettelijke bepaling is gebiedend ten voordele van de bediende³.

Uit het voorgaande blijkt dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot artikel 15, § 2, van de gecoördineerde bediendenwetten een evolutie heeft doorgeemaakt.

In een eerste fase nam het Hof aan dat enkel nietig waren die overeenkomsten met betrekking tot de opzeggingstermijn die vóór het ogenblik van de opzegging tot stand kwamen en lagere termijnen vastlegden dan die welke door de rechter zouden worden toegekend. In deze optiek was een overeenkomst die weliswaar vóór het betekenen van de opzegging tot stand kwam, doch langere en dus voor de werknemer gunstiger termijnen stipuleerde dan die door de rechter bepaald, niet nietig.

¹ TAQUET, M., en WANTIEZ, C., «Les conventions relatives aux délais de préavis», *J.T.T.*, 1977, 49; contra: SOREL, R., en CLAEYS, Th., «Correspondance. Les conventions relatives aux délais de préavis», *J.T.T.*, 1971, 94; in dezelfde zin: STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst. Handarbeiders en bedienden*, A.P.R., 1973, nr. 778, 408.

² Cass., 15 februari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 801, *Pas.*, 1973, I, 572, *J.T.T.*, 1973, 260, noot GOFFIN, R-Ch.

³ Cass., 8 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 166, *T.S.R.*, 1975, 480.

In een tweede fase kwam het Hof ertoe alle overeenkomsten gesloten vóór het door de wet bepaalde tijdstip als nietig te beschouwen en dit, zoals het Hof het zelf aangaf, op grond van een zuiver exegetische interpretatie van het wetsartikel. De nietigheid die dergelijke overeenkomsten trof zou een relatieve nietigheid zijn geweest enkel aanvoerbaar door de werknemer, gelet op het feit dat de bewuste wetsbepaling dwingend was te zijnen voordele.

In verband met het arrest van 8 oktober 1975 merkte Jamoulle op dat een bepaalde lezing van het arrest de mogelijkheid biedt te stellen dat het niet flagrant in strijd was met het vorige. In het eerste geval heeft het Hof de geldigheid aanvaard van de overeenkomsten die een hogere opzeggingstermijn inhouden dan die welke de rechter zou hebben vastgesteld; in het tweede heeft het Hof zich ertoe beperkt de overeenkomsten nietig te verklaren die een lagere opzeggingstermijn vaststelden dan die welke de rechter zou hebben aanvaard, hoewel de door de wet bepaalde minimumtermijn in acht werd genomen. Dit was naar haar mening echter niet de meest geloofwaardige interpretatie. Volgens Jamoulle zou de volgende redenering gevolgd zijn: de minimum- en dwingende bescherming die de werknemer in de wettelijke norm in kwestie vindt, bestaat hierin dat aan zijn wilsuiking elke juridische waarde wordt ontnomen totdat het ontslag wordt gegeven⁴.

4. Analyse van de door het Hof en het openbaar ministerie verdedigde thesen

Het lapidair karakter van het besproken arrest maakt het totaal onmogelijk uit de beslissing zelf af te leiden welke argumenten en motieven de stelling dat artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten dwingend is voor beide gedingvoerende partijen schragen. De conclusie van het openbaar ministerie kan hierbij wellicht enige aanwijzing geven, althans wanneer het correct is te aanvaarden dat het Hof diens stelling heeft gevolgd.

Terecht stelt het openbaar ministerie vast dat de centrale vraag is of een opzeggingstermijn voor een hogere bediende vastgelegd in een arbeidsreglement de rechter bindt. Het antwoord op deze vraag dient volgens het openbaar ministerie te worden gezocht in drie vorige arresten.

Op grond van het arrest van 23 februari 1972 zou de vraag negatief dienen te worden beantwoord daar uit dat arrest zou volgen dat een bepaling in een arbeidsreglement met betrekking tot de opzeggingstermijn de bevoegdheid van de rechter niet beperkt of uitsluit⁵.

⁴ JAMOULLE, M., «Examen de jurisprudence (1975-1977), contrat de travail», *R.C.J.B.*, 1978, 630; «Examen de problèmes importants et actuels en matière de contrats de travail», in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Ed. du jeune barreau, Brussel, 1979, 165-167.

⁵ Cass., 23 februari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 585, *J.T.T.*, 1972, 217. Met betrekking tot dit arrest zegt de conclusie onder meer het volgende: «Tot staving van een ontkennend antwoord op die vraag kan ongetwijfeld het arrest van 23 februari 1972 worden ingeroepen. Want het overweegt dat een bepaling in een arbeidsreglement 'geen overeenkomst tussen werkgever en werknemer is, welke de bevoegdheid van de rechter om de opzeggingstermijn vast te stellen, beperkt of uitsluit'».

Daartegenover zou het arrest van 15 februari 1975 de beslissing staan dat een overeenkomst die ten voordele van de bediende een opzeggingstermijn vaststelt die hoger is dan diegene door de rechter bepaald, geldig is⁶. Uit dat arrest zou dan kunnen afgeleid worden dat een werkgever zich eenzijdig zou kunnen verbinden een hogere opzeggingstermijn in acht te nemen; een dergelijke eenzijdige verbintenis zou dan ook tot stand kunnen komen via een bepaling in het arbeidsreglement. De stellingname van voormeld arrest zou dan echter moeilijk te rijmen vallen met de uitspraak van 19 januari 1977 waarbij het Hof besliste dat de rechter niet gebonden is door een termijn die eenzijdig door de ontslagnemende bediende werd vastgesteld⁷.

Zonder dat hiervoor enige steun wordt gezocht in de voorbereidende teksten, poneert het openbaar ministerie dat de bepaling van artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten dwingend is voor beide partijen.

Van de regel dat de opzeggingstermijnen ten vroegste op het ogenblik van de opzegging door beide partijen in een overeenkomst dienen te worden vastgelegd, kan onder geen beding worden afgeweken. Komen de partijen niet tot een vergelijk, dan laat de wet alleen ruimte over voor vaststelling van de termijnen door de rechter.

Dat de bepaling van het wetsartikel niet dwingend is ten voordele van de werknemer maar dwingend voor beide partijen lijkt voor de advocaat-generaal Lenaerts te steunen op volgende twee elementen. Artikel 15, § 2, eerste lid, zou een bepaling zijn die de bevoegdheid van de rechter betreft en bijgevolg behoren tot de bepalingen die de openbare orde raken. Voorts zou de term «overeenkomst» wijzen op de wil van de wetgever om bij het vastleggen van de opzeggingstermijnen beide belangen (van werknemer en werkgever) te beschermen.

Voor die twee standpunten vindt het openbaar ministerie steun in het arrest van 18 januari 1977⁸. Dit arrest dient

⁶ Cass., 15 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 601; de conclusie zegt hieromtrent onder meer het volgende: «Daartegenover staat evenwel het arrest van 15 februari 1975, dat een overeenkomst waarin ten voordele van de bediende een hogere opzeggingstermijn voorkomt dan de termijn die door de rechter moet worden vastgesteld, geldig is.»

⁷ Cass., 19 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 561. Omtrent het arrest zegt het openbaar ministerie onder meer: «Dat is dan echter weer moeilijk in overeenstemming te brengen met het arrest van 19 januari 1977, volgens hetwelk de rechter, in een geval waarin de bediende opzegging geeft, niet gebonden is door de opzeggingstermijn die deze bediende eenzijdig heeft bepaald.»

⁸ Zulks blijkt naar ons gevoelen uit de volgende passage van de conclusie: «Het arrest van 19 januari 1977 omschrijft de bevoegdheid van de rechter ter deze zeer duidelijk. Uitgangspunt hierbij is dat 'de bepalingen van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, die betrekking hebben op de duur van de opzeggingstermijn, regels opleggen die de bescherming van beide partijen, met name werkgever en bediende, beogen'. Wat niet uitsluit dat, wanneer de belangen van de werkgever met die van de bediende in botsing komen, deze laatste zwaarder zullen doorwegen omdat het arbeidsovereenkomstenrecht nu eenmaal gericht is op de bescherming van de zwakste partij — de werknemer — zonder daarom de werkgever totaal rechteloos te maken. Vervolgens over-

trouwens als uitgangspunt om de problematiek te beoordelen van de elementen die door de rechter in aanmerking moeten worden genomen bij het vaststellen van de lengte van de opzeggingstermijnen, wanneer de bediende door de werkgever ontslagen wordt.

Een dergelijke werkwijze verwondert ons enigszins, en niet in het minst omdat deze problematiek als dusdanig in het kader van het cassatiegeding niet aan de orde was. Voorts komt het ons bevreemdend voor een arrest dat betrekking heeft op de vaststelling van een door de ontslagnemende bediende in acht te nemen opzeggingstermijn, als grondslag te gebruiken voor een betoog over de elementen die door de rechter in aanmerking dienen te worden genomen voor het begroten van de opzeggingstermijnen, wanneer de werkgever de opzegging geeft.

Ten slotte menen we dat het vrij eenzijdig is het bedoelde stuk in de conclusie enkel te baseren op een fragment uit de voorbereidende teksten van de wet van 1954, en daarbij de verdere ontwikkeling van het arbeidsovereenkomstenrecht buiten beschouwing te laten⁹.

Samengevat komt de stelling van het Hof en van het openbaar ministerie dus erop neer aan te nemen dat het besproken artikel dwingend is voor beide gedingvoerende partijen, aangezien de wetgever stelt dat de vaststelling van de termijn met inaanmerkingneming van de belangen van beide partijen moet geschieden, en het artikel van openbare orde is, nu het de rechterlijke bevoegdheid omschrijft. Het dwingend karakter van de bepaling brengt dan meteen met zich dat de rechter niet gehouden kan zijn door een bepaling van het arbeidsreglement.

De door het Hof en door het openbaar ministerie aangevoerde thesen lijken ons in menig opzicht vatbaar voor kritiek en nuancering.

5. Kritische beschouwingen

5.1. De opbouw en de argumentering van de door het Hof en het openbaar ministerie verdedigde thesen

5.1.1. Het lapidair karakter van het arrest. Dat heel wat cassatiearresten niet opvallen door de uitgebreidheid van hun argumentering, is een ieder wellicht genoegzaam bekend. Dat het tot een gewoonte is uitgegroeid dat het Hof van Cassatie ettelijke van zijn beslissingen louter op het gezagsargument laat steunen kan geen goedkeuring betekenen van die handelwijze.

Dit geldt ook voor het onderhavige arrest, waarin het Hof duidelijk afwijkt van de vroeger aangenomen stellingen zonder in de overwegingen ook maar de minste aanduiding te geven om welke redenen dat gebeurt.

Het zou de waarde en de betekenis van de cassatierechtpraak ongetwijfeld ten goede komen indien dit rechtscol-

weegt het arrest dat de rechter enkel gebonden is door de wettelijk vastgestelde termijnen en dat hij binnen die grenzen 'de duur van de opzeggingstermijn met inachtneming van beiderzijdse belangen soeverein vaststelt'...

⁹ Latere wetwijzigingen, waaronder onder meer die van 21 november 1969, hebben de elementen van vastheid van betrekking en bestaanszekerheid in het arbeidsovereenkomstenrecht en in het ontslagrecht meer beklemtoond.

lege, dat tot taak heeft toe te zien op de degelijke opbouw en de argumentering van de uitspraken van hoven en rechtbanken, zelf meer aandacht besteedde aan de motivering van zijn eigen arresten.

5.1.2. Kritische beschouwingen bij de opbouw en argumentering van het arrest en de conclusie van het openbaar ministerie. Zoals hiervoren werd aangegeven, steunt de argumentatie van het openbaar ministerie, en naar we aannemen dus ook van het arrest, hoofdzakelijk op twee elementen.

De opzeggingstermijnen moeten worden bepaald in het belang van beide partijen en de regel neergelegd in artikel 15, § 2, eerste lid, is van openbare orde daar ze de bevoegdheid van de rechter vastlegt. Dat de opzeggingstermijnen moeten worden vastgesteld met inachtneming van het belang van beide partijen volgt uit de door de wet gebezigde terminologie. De wet spreekt van overeenkomst, wat duidelijk erop wijst dat de werkgever ook zijn belangen kan doen gelden. Voor deze, op zichzelf overigens correcte deductie, zoekt het openbaar ministerie steun in het cassatiearrest van 1977 en, zij het in mindere mate, ook in de voorbereidende teksten van de wet van 11 maart 1954¹⁰.

We hebben uiteraard geen moeite met de constatering dat het wetsartikel in kwestie de belangen van beide partijen beoogt, zoals we trouwens evenmin moeite hebben met de stelling dat de werkgever bij het vaststellen van de opzeggingstermijnen ook zijn belangen moet kunnen doen gelden. Dit lijkt ons een duidelijk door de wetgever genomen optie te zijn¹¹.

Zo menen we ook dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 19 januari 1977 in een geschil waarbij de ontslagnemende bediende eenzijdig en zonder de werkgever te raadplegen een opzeggingstermijn had vastgesteld die aanzienlijk korter was dan het wettelijk maximum, een juiste beslissing nam door te oordelen: «Overwegende dat de bepalingen van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, die betrekking hebben op de duur van de opzeggingstermijnen, regels opleggen die de bescherming van beide partijen, met name werkgever en werknemer beogen¹².» Meer nog, de door het Hof voorgestelde oplossing lijkt ons de enig mogelijke, wil men niet aan de term overeenkomst in artikel 15 elke betekenis ontnemen.

Dat arrest is ons inziens echter totaal irrelevant in verband met de problematiek omtrent de aard van het dwingend karakter van voormeld wetsartikel. Het arrest van 14 januari 1977 is ons inziens dan ook geenszins strijdig met dat van 15 februari 1973, waarbij beslist werd dat een over-

eenkomst waarin ten voordele van de bediende een hogere opzeggingstermijn voorkomt dan de termijn die door de rechter moet worden vastgesteld, geldig is. Het probleem ligt niet in de vraag of de wetgever al dan niet heeft gewild dat de werkgever zijn belangen kon doen gelden; het is maar al te duidelijk dat zulks de wil van de wetgever is geweest. De echte vraag is die naar de draagwijdte en naar de betekenis van de term overeenkomst en van de door de wet aan de werkgever gegarandeerde mogelijkheid om zijn belangen te doen gelden bij het bepalen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden. Op deze kapitale vraag geven zowel het Hof als het openbaar ministerie een antwoord dat louter gebaseerd is op een exegetische interpretatie van het wetsartikel.

De draagwijdte van artikel 15, § 2, eerste lid, kan naar ons gevoelen enkel op een correcte wijze worden omschreven wanneer daarbij wordt uitgegaan van de doelstellingen die de wetgever van 1969 nastreefde. Het is immers in het kader daarvan dat de wetgever overging tot het herschrijven van de regeling voor het vaststellen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden. Hoe vreemd zulks ook moge klinken, noch het Hof noch het openbaar ministerie hebben voor de oplossing van deze problematiek de behoefte gevoeld om de voorbereidende teksten van de wet te consulteren. Een dergelijke raadpleging komt ons evenwel als logisch en des te meer gewenst voor wanneer we vaststellen dat de enige verwijzing in de conclusie van het openbaar ministerie naar voorbereidende teksten een fragment betreft van de parlementaire besprekingen van de wet van 11 maart 1954, een fragment dat dan nog in hoofdzaak wordt geciteerd m.b.t. de problematiek van de in acht te nemen elementen bij het bepalen van de door de werkgever te respecteren opzeggingstermijn, problematiek die als zodanig niet het voorwerp uitmaakte van het voor het Hof aanhangige geschil.

Hoe dit ook zij, wanneer we hierna de eigenlijke draagwijdte van het betrokken wetsartikel onderzoeken, nemen we ons voor wel in aanmerking te nemen de wil van de wetgever van 1969 zoals die tot uiting komt in de teksten tot voorbereiding van de wet van 21 november 1969¹³.

Het tweede element in de argumentering van het openbaar ministerie betreft het karakter van openbare orde van het wetsartikel. Dat is het gevolg van het feit dat de wetgever in dit artikel de bevoegdheid van de rechter omschrijft. Artikel 15, § 2, eerste lid, moet volgens het openbaar ministerie als volgt worden gelezen: de partijen kunnen enkel ten vroegste op het ogenblik van de opzegging een opzeggingstermijn overeenkomen, hierbij zijn zij enkel gebonden door de wettelijke minima en maxima. Komt een dergelijke overeenkomst tot stand, dan is de rechter erdoor gebonden, ontbreekt een dergelijke overeenkomst, dan is de rechter bevoegd de termijn vast te stellen. De enige elementen die de rechter binden zijn hierbij de wettelijk bepaalde minima en maxima. Vroeger gesloten overeenkomsten, bepalingen in arbeidsreglementen en eenzijdig vastgestelde opzeggingstermijnen binden de rechter in geen geval¹⁴.

¹⁰ Dit moge blijken uit de in noot 8 aangehaalde passage en uit de volgende zinnen: «Het voorschrift dat de opzeggingstermijn van de hogere bediende bij overeenkomst of door de rechter wordt vastgesteld, werd uitgevaardigd door de wet van 11 maart 1954.»

¹¹ Dit vloeit duidelijk voort uit het feit dat de wetgever opteede voor het gebruiken van de conventionele techniek in een context van eenzijdige beëindiging van de overeenkomst. Hierdoor laat hij het aan de individuele wil van de partijen over de termijn vast te stellen. Zie hieromtrent JAMOULLE, M., «Examen de problèmes importants et actuels en matière de contrat de travail», in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Brussel, 1979, 165.

¹² Cass., 19 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 561.

¹³ Zie sub 5.2.2.

¹⁴ Zulks blijkt uit de volgende passage uit de conclusie: «Die regeling sluit onafwendbaar uit dat de rechter gebonden zou zijn

Net als voor het eerste element kunnen we niet anders dan ons aansluiten bij de door het openbaar ministerie verrichte vaststelling, nl. dat artikel 15, § 2, eerste lid, de bevoegdheid van de rechter vaststelt. Weerom wensen we echter de draagwijdte die aan die regel door het openbaar ministerie en door het Hof wordt gegeven te nuanceren. De zin en betekenis van de rechterlijke tussenkomst dient naar onze mening te worden gezien tegen de achtergrond van de doelstellingen die de wetgever van 1969 nastreefde.

5.2. *De draagwijdte van artikel 15, § 2, eerste lid, in het kader van de wet van 21 november 1969*

5.2.1. *Hoofddoel van de wet: de vastheid van betrekking vergroten.*

De wet van 21 november 1969 heeft op tal van terreinen ingrijpende wijzigingen aangebracht. Zo werden de statuten van werklieden en bedienden op ettelijke technische punten nader tot elkaar gebracht. Op het stuk van het statuut van de hogere bedienden, beding van proeftijd, schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, concurrentieclausules, scheidsrechterlijke bedingen, e.a., kwamen ofwel herschikkingen ofwel aanpassingen en zelfs nieuwe bepalingen tot stand.

Doch niet in het minst streeft de wet een grotere vastheid van betrekking na¹⁵. Dit laatste blijkt manifest uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp. De volgende passage bewijst dit: «Door een bestendige en nauwgezette vermenigvuldiging van nieuwe regels streeft zij ernaar aan de werknemers een grotere vastheid van dienstbetrekking en een grotere zekerheid van het arbeidsinkomen te brengen, terwijl tevens het behoud van de volledige tewerkstelling wordt nagestreefd¹⁶.»

5.2.2. *Draagwijdte van artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten.*

Zoals reeds werd gezegd, is het in het kader van de herziening en herschikking van de Arbeidsovereenkomstenwetten dat in 1969 in artikel 15, § 2, eerste lid, de regel werd ingeschreven dat voor hogere bedienden de opzeggingstermijn hetzij bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik van de opzegging, hetzij door de rechter wordt vastgelegd¹⁷.

door welke overeenkomst of eenzijdige verbintenis ook die te voeren tot stand zou zijn gekomen en die tot gevolg kan hebben dat de actuele belangen van beide partijen of een hunner verkeerd worden beoordeeld of niet in aanmerking worden genomen. Dit geldt ook wanneer, zoals in deze zaak, de opzeggingstermijn in het arbeidsreglement is bepaald.»

¹⁵ Zie hieromtrent de inleidende beschouwingen van R. BLANPAIN bij *Individuele arbeidsovereenkomsten, wet 21 november 1969, documentatie, Studiedag 14 februari 1970*, Leuven, 1970; zie ook STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst. Handarbeiders en bedienden*, A.P.R., Gent-Leuven, 1973, 71 tot en met 74, nrs. 137-138.

¹⁶ Wetsontwerp tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, 27 april 1967, memorie van toelichting, *Parl. St., Kamer*, 1966-67, nr. 407/1, 1.

¹⁷ Zie in dit verband BEIRNAERT, W., «De opzegging van de arbeidsovereenkomst voor werklieden en bedienden afgesloten voor onbepaalde duur», in *Arbeidsrecht*, onder de wetenschappelijke leiding van R. BLANPAIN, II, 32.

Indien de wetgever de voorheen geldende regeling wilde herschrijven, dan gebeurde zulks vooral in het licht van de wetenschap dat in ettelijke gevallen de werkgever, bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst, aan de bediende opzeggingstermijnen opdroeg die niet ver van de wettelijke minima verwijderd waren of zelfs in sommige gevallen beneden deze minima daalden.

Een dergelijke handelwijze strookte niet met de fundamentele optie door de wetgever genomen, een optie die inhield dat de lengte van de opzeggingstermijn toenam naarmate de bediende hoger in de hiërarchie opklom. Essentieel in de bedoeling van de wetgever was dat hij ernaar streefde de levensstandaard van de betrokken bediende op peil te houden. In dit licht waren voor hogere bedienden hogere termijnen nodig, aangezien het hun moeilijker zou vallen een nieuwe gelijkwaardige betrekking te vinden¹⁸.

Om een einde te maken aan de aangeklaagde praktijken, poogde de wetgever de voornaamste oorzaak ervan weg te nemen: in hoofdzaak de ondergeschikte positie waarin de bediende zich bevond ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. De bediende verkeert op dat moment in een duidelijke positie van economische afhankelijkheid; deze positie maakt hem bijgevolg niet mogelijk als evenwaardige partner te onderhandelen bij het sluiten van de overeenkomst en bij het bedingen van de arbeidsvoorwaarden. Om die toestand te verhelpen had de wetgever ongetwijfeld van het principe van het conventioneel vastleggen van de opzeggingstermijnen kunnen afstappen en naar het voorbeeld van de lagere bediende een volledig forfaitaire regeling kunnen uitwerken. Wellicht was zulks achteraf beschouwd, met het oog op de rechtszekerheid, niet zo een slechte oplossing geweest. Maar de wetgever heeft geopteerd voor het behoud van het conventioneel bepalen van de opzeggingstermijnen voor de hogere bedienden en dit om ten minste twee redenen.

Ten eerste wegens het feit dat de werkgever over de mogelijkheid moest beschikken om zijn belangen te doen gelden. De wetgever heeft evenwel duidelijke perken aan deze mogelijkheid gesteld: de wettelijke minima en maxima moeten in acht worden genomen. Een tweede reden die ook

¹⁸ Deze fundamentele optie komt, wat het ontslagrecht betreft, tot uiting in de criteria die de wetgever zelf aangeeft om de lengte van de opzeggingstermijn vast te leggen: het loon en de dienstanciënniteit. Hoe groter het loon, hoe groter de anciënniteit (en dus in feite ook hoe hoger in de hiërarchie), hoe langer de opzeggingstermijn. Of het vinden van een gelijkwaardige betrekking nu het enige criterium is dat speelt bij het vastleggen van de opzeggingstermijn is betwist; het wordt echter niet betwist dat het een belangrijk element is bij het bepalen van de lengte van die termijn. Omrent de criteria die in aanmerking moeten worden genomen voor het vastleggen van de lengte van de opzeggingstermijn schrijft BEIRNAERT onder meer: «Bij de bepaling van de opzeggingstermijn waarop de bediende recht heeft, gaat de rechtspraak uit van de dubbele betekenis die de wetgever aan de opzeggingstermijn heeft gegeven. Enerzijds strekt zij ertoe de werknemer te belonen voor de trouw die hij aan zijn onderneming heeft betoond door hem in verhouding tot zijn 'anciënniteit' een grotere stabiliteit van dienstbetrekking te verlenen. Anderzijds heeft zij de betekenis van een tijdsverloop die de bediende normaal moet in staat stellen een gelijkwaardige betrekking te vinden» (zie BEIRNAERT, W., *o.c.*, II, 5, 39).

duidelijk de wetgever heeft doen kiezen voor de conventionele vaststelling van de opzeggingstermijnen, is de overtuiging dat de bediende zelf baat zou hebben bij het conventioneel bepalen van die termijnen. De overeenkomst dient echter tot stand te komen op een tijdstip waarop de bediende in een minder ondergeschikte positie verkeert. Naar het oordeel van de wetgever van 1969 is zulks het geval als de opzegging eenmaal is betekend, omdat op dat tijdstip beide partijen een gedeelte van hun vrijheid hebben herwonnen¹⁹.

Zonder verder te willen ingaan op de juistheid van die visie, menen we, zonder de waarheid geweld aan te doen, rustig te kunnen vooropstellen dat de woorden «ten vroegste bij de opzegging» in de wettelijke regeling enkel en alleen is opgenomen in het belang van de bediende²⁰.

De tussenkomst van de rechter wordt bepaald door het feit of er al dan niet een overeenkomst tot stand kwam en is dus in wezen subsidiair. Dat de rechter, die als het ware in de plaats treedt van de contracterende partijen, bij het vaststellen van de opzeggingstermijnen met de belangen van de werknemer en de werkgever rekening zal moeten houden, lijkt evident en vloeit voort uit het feit dat de wetgever opteerde voor de conventionele techniek. Het is evenwel even evident dat de belangen van de werknemer hierbij zwaarder moeten doorwegen dan de belangen van de werkgever. Dit blijkt alleen al uit het feit dat de rechter niet beneden de minima mag en niet boven de maximagrenzen kan beslissen. Ook moet de rechter vooral ervoor waken dat elk van de partijen de mogelijkheid heeft kunnen benutten zijn belangen te doen gelden: de werknemer ingeval de werkgever opzegt, de werkgever ingeval de werknemer opzegt²¹.

De vraag waardoor de rechter gebonden is bij het vaststellen van de opzeggingstermijnen, moet naar ons gevoelen

¹⁹ De volgende passage van de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 21 november 1969 getuigt daarvan: «Derhalve moet het onmogelijk worden gemaakt om de duur van de opzeggingstermijn bij overeenkomst te regelen, tenzij die overeenkomst na het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, tot stand komt. Bij ontstentenis van overeenkomst wordt de termijn — zoals thans reeds is bepaald — door de rechter vastgesteld.» Zie wetsontwerp tot wijziging van de wetten betreffende de arbeidsovereenkomsten, verslag kamercommissie, 21 mei 1969, *Parl. St., Kamer*, 1968-69, nr. 270/7, 74.

²⁰ Het was immers enkel de bedoeling bij het invoeren van deze wijziging de werknemer te beschermen tegen de bedenkelijke praktijken waarvan hij voorheen het slachtoffer was. TAQUET en WANTIEZ leidden daaruit af dat enkel de overeenkomsten vóór het ogenblik van de opzegging gesloten die een lagere opzeggingstermijn inhouden dan de passende (*délai convenable*), nietig zouden zijn. Zie TAQUET, M., en WANTIEZ, C., «Les conventions relatives aux délais de préavis», *J.T.T.*, 1971, 49-50.

²¹ Dat bij het bepalen van de opzeggingstermijn door de rechter de belangen van de werknemer zwaarder moeten doorwegen dan die van de werkgever, wordt trouwens ook door de advocaat-generaal LENAERTS toegegeven. Zulks volgt uit het beschermend karakter van de Arbeidsovereenkomstenwet. Zie noot 8.

Dat de rechter bij het oordelen over het al dan niet geldig conventioneel bepalen van de opzeggingstermijn ervoor moet waken dat ieder de mogelijkheid heeft gehad om zijn belangen te doen gelden, blijkt duidelijk uit het arrest van 19 januari 1977, waarin het Hof van Cassatie stelt dat de rechter niet gebonden is door één eenzijdig door de bediende vastgestelde termijn.

worden beantwoord in het licht van de gehele betekenis en inhoud van artikel 15, § 2, eerste lid, en dus ook in het licht van de aard van dat wetsartikel. Een louter exegetische benadering houdt een manifeste miskenning in van de doelstellingen die de wetgever nastreefde toen hij de regel herschreef²².

Maar welke is nu de totale draagwijdte en betekenis van artikel 15 en welke is nu de aard van die bepaling? De draagwijdte van de diverse onderdelen van de regel kunnen ons helpen hierop een antwoord te formuleren.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de term «ten vroegste» in de wet werd ingeschreven met uitsluitende inachtneming van het belang van de bediende. Dat de opzeggingstermijn conventioneel dient te worden vastgelegd, is duidelijk evenzeer gericht op het belang van de werkgever als van de werknemer. Maar vóór alles dient rekening te worden gehouden met de hoofdbekommering die de wetgever inspireerde bij het uitwerken van de regel: verhinderen dat aan de hogere bediende bij het sluiten van de overeenkomst minimumtermijnen worden opgedrongen, en voor de bediende de mogelijkheid scheppen om de hogere opzeggingstermijnen te verkrijgen waarop hij, in het licht van de filosofie van het behoud van de levensstandaard, aanspraak kan maken²³.

Het komt ons bijgevolg als redelijk voor en volstrekt in overeenstemming met de doelstelling van de wetgever, te poneren dat de regel vervat in het artikel 15 dwingend is *ten voordele van de werknemer*. Dit is trouwens ook de opvatting van het Arbeidshof te Antwerpen, wanneer het in een arrest van 13 september 1982 aanvaardt dat de rechter ge-

²² Een louter exegetische wijze van interpreteren leidt tot de conclusie dat het bewuste wetsartikel dwingend is voor beide partijen en dat bijgevolg zowel werknemer als werkgever zich op de nietigheid van de overeenkomst kunnen beroepen, zo deze vóór de opzegging tot stand kwam. Een dergelijke wijze van interpreteren miskent de eigenlijke bedoeling van de wetgever, die door de bewuste regel te stellen enkel wou voorkomen dat de werknemer door de werkgever ongunstige opzeggingstermijnen opgedrongen kreeg wegens de toestand van afhankelijkheid waarin hij verkeerde op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst. Zie *Parl. St., Kamer*, 1968-69, nr. 270/7, 73 en 74. Door het opteren voor de conventionele techniek heeft de wetgever aan de werkgever enkel de mogelijkheid willen geven om zijn belangen in beperkte mate te laten gelden. De werkgever, de sterkste partij bij de arbeidsovereenkomst, vermag het dus zeker niet zich te beroepen op een element (het tijdstip van sluiten van de overeenkomst) dat de wetgever heeft ingeschreven ter bescherming van de werknemer.

²³ Het conventioneel vastleggen van de opzeggingstermijnen zou door de wetgever evenzeer in het voordeel van de bediende als van de werkgever bedoeld zijn. De wetgever gaat ervan uit dat de bedienden in kwestie hogere bedienden zijn, waarvan men rustig kan aannemen dat ze tot het kaderpersoneel van de onderneming behoren. Mits de steun die hij deze werknemers verleent door het bepalen van het tijdstip waarop de overeenkomst tot stand moet komen, acht hij hen voldoende mondig om hun belangen zelf te behartigen (dit in tegenstelling tot de lagere bedienden, die deze mondigheid niet bezitten). Dit blijkt onder meer uit volgende passage van het reeds geciteerde kamerverslag: «Aldus wordt het kaderpersoneel in de mogelijkheid gesteld met de werkgever over de duur van de opzeggingstermijn te discussiëren, aldus kan dit personeel een beroep doen op de argumenten als daar zijn vakbekwaamheid en anciënniteit.» Zie *Parl. St., Kamer, o.c.*, 74.

bonden is door een overeenkomst, gesloten vóór de opzegging, die een (door werkgever in acht te nemen) opzeggingstermijn oplegt die hoger is dan de «wettelijke»²⁴.

Het enige element dat wijst op het in aanmerking nemen van werkgeversbelangen is de overeenkomst, hetgeen naar onze mening in de totale context waarbinnen de regels gesitueerd zijn, moet worden geïnterpreteerd als het over de mogelijkheid beschikken om zijn belangen te doen gelden. Zulks houdt in dat de werkgever eventueel afstand kan doen van deze mogelijkheid of op een andere wijze kan benutten dan in het kader van een overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik van de opzegging. Zo zou zulks eventueel kunnen geschieden door middel van een mondelinge of schriftelijke overeenkomst gesloten vóór de opzegging. Het enige vereiste in het kader van artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten is dat zulks geschiedt bij «individuele overeenkomst». We menen ons op dat punt inderdaad te kunnen aansluiten bij de stelling van B. Paternostre, die na onderzoek van de voorbereiding van de wetten van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en van 21 november 1969, tot de conclusie komt dat een collectieve arbeidsovereenkomst (al betreft het individueel normatieve bepalingen) niet in aanmerking komt²⁵. A fortiori komt ook het arbeidsreglement niet in aanmerking daar het een reglementair karakter bezit. Het niet hebben kunnen beschikken over deze mogelijkheid van tussenkomst bij individuele overeenkomst is het enige element waarop de werkgever zich voor de rechter kan beroepen. Dat hij deze mogelijkheid heeft benut op een tijdstip dat het moment van de opzegging voorafgaat, kan door hem niet als reden tot nietigheid worden aangevoerd, daar het element «ten vroegste» duidelijk de bescherming van de werknemer beoogt. De enige die zich in die hypothese op de nietigheid kan beroepen, is de werknemer. Beroept de werknemer zich niet op de nietigheid, dan zal de rechter zelf de nietigheid niet kunnen opwerpen, zij is immers relatief ten voordele van de werknemer²⁶.

De draagwijdte, aard en betekenis van artikel 15, § 2, eerste lid, kan ons inziens dus als volgt worden omschreven. Op het element overeenkomst na, is dit artikel te beschouwen als dwingend ten voordele van de werknemer. In geval van strijdigheid met de bepalingen van het artikel kan de nietigheid enkel worden aangevoerd door de werknemer. De werkgever van zijn kant kan enkel de geldigheid van de vaststelling van de opzeggingstermijn betwisten zo hij verstoken bleef van de mogelijkheid om hetzij direct hetzij indirect zijn belangen te doen gelden; dit zou o.m. het geval zijn indien de werknemer zonder de werkgever te raadplegen eenzijdig een opzeggingstermijn bepaalt. Deze interpretatie lijkt ons in overeenstemming te zijn met de wil van de wetgever, die enkel wou voorkomen dat de werknemer

mer reeds van de aanvang af een voor hem ongunstige opzeggingstermijn kreeg opgedrongen, terwijl hij op het tijdstip dat hij, overeenkomstig de zienswijze van de wetgever, zijn vrijheid heeft herwonnen, vermag te oordelen of hij met de door de werkgever voorgestelde termijn vrede kan nemen. Deze interpretatie is ook nog in overeenstemming met de wil van de wetgever omdat zij rekening houdt met het enige punt waarop de wetgever, zij het binnen duidelijke perken, de belangen van de werkgever laat spelen: de werkgever moet over de mogelijkheid beschikken zijn belangen te doen gelden.

6. Artikel 82, § 3, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978

Indien er enige twijfel zou kunnen bestaan omtrent de dwingende aard ten voordele van de werknemer van sommige bepalingen van de vroegere arbeidsovereenkomstenwetten, dan is zulks in beginsel niet meer mogelijk onder het regime van de wet van 3 juli 1978. Immers, de bepalingen van deze wet moeten worden gelezen in het licht van artikel 6 dat bepaalt: «Alle met de bepalingen van de wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bepalingen zijn nietig, voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren²⁷.» Een bepaling als die van artikel 6 bestond niet in de vorige wetgeving op de arbeidsovereenkomsten voor werklieden en bedienden; een analoge bepaling kwam daarentegen wel voor in de arbeidsovereenkomstenwetten voor handelsvertegenwoordigers en voor dienstboden²⁸. Hoe dit ook zij, uit dit artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijkt duidelijk de wil van de wetgever om de bepalingen van die wet als dwingend ten voordele van de werknemer te beschouwen. Enkel de afwijkingen die de rechten van de werknemer inkorten en zijn verplichtingen verzwaren worden door nietigheid getroffen; de voor de werknemer gunstiger bedingen zijn volkomen geldig. Afwijkingen ten nadele van de werknemer zijn slechts mogelijk wanneer de wet uitdrukkelijk in deze mogelijkheid voorziet²⁹.

In de nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 is artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten ongewijzigd overgenomen in artikel 82, § 3³⁰. Ook dat artikel dient te worden gelezen in het licht van artikel 6 en dient bijgevolg in beginsel te worden beschouwd als dwingend ten voordele van de bediende. Het

²⁴ Zie Arbh. Antwerpen, 13 september 1983, niet gepubliceerd, A.R. 524/80.

²⁵ PATERNOSTRE, B., «La portée du terme 'convention' en matière de détermination du délai de préavis convenable», *T.S.R.*, 1981, 1-11.

²⁶ Dit is naar het oordeel van JAMOULLE ook het standpunt dat door het Hof van Cassatie zelf werd verdedigd in een arrest van 8 oktober 1975. Zie Cass., 8 oktober 1975, *Pas.*, 1976, I, 156, zoals besproken door JAMOULLE, M., o.c., 166 en 167.

²⁷ Zie artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.*, 22 augustus 1978.

²⁸ Het betreft de voormalige artikelen 23 van de wet van 30 juli 1963 en 3 van de wet van 24 april 1970. Zie wat de draagwijdte van artikel 23 van de wet van 30 juli betreft: TROCIET, L.E., en PATTE, M., *Statut juridique des représentants de commerce*, II, *Travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 1963*, Institut de Sociologie, ULB, Brussel, 1964, 148.

²⁹ Zie TAQUET, M., en WANTIEZ, C., *La loi sur les contrats de travail. Nouveaux visages du contrat de travail*, Brussel, 1979, 25 tot en met 27; BLANPAIN, R., *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Reeks Sociaal recht, nr. 1, Antwerpen, 1978, 125 en 126; SWENNEN, R., *De arbeidsovereenkomsten, wet van 3 juli 1978*, Kortrijk, 1978, 18 en 19.

³⁰ Zie BLANPAIN, R., o.c., 363 en 364.

enige element van het artikel dat dwingend is voor beide partijen, is het element overeenkomst. Immers ook in het kader van de wet van 1978 is het de wil van de wetgever gebleven dat hij bij het vastleggen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden beide partijen bij de overeenkomst hun belangen kunnen doen gelden. Ten aanzien van de interpretatie van de regel van het vaststellen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden bestaat er dus een continuïteit in de bedoeling van de wetgever.

7. Conclusie

De door het Hof van Cassatie en vooral door het openbaar ministerie ontwikkelde these dat de bepaling van artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde bediendenwetten dwingend zou zijn voor beide partijen bij de arbeids-overeenkomst, lijkt ons te ongenueanceerd en vooral niet in overeenstemming te brengen met de geest en de bedoeling van de wetgever van 1969. De lectuur van de voorbereidende teksten van de wet wijst ons inziens duidelijk uit dat de wetgever de regel voor het bepalen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden heeft herschreven met het oog op een grotere vastheid van betrekking, en dus in het belang van de bediende. Zo men in principe moet aannemen dat de regel vervat in het besproken artikel dwingend is ten voordele van de werknemer, dient evenwel voorbehoud te worden gemaakt voor het element «overeenkomst»; dit onderdeel van de regel lijkt ons dwingend voor beide partijen. Zulks vloeit voort uit de conventionele tech-

niek die door de wetgever werd gekozen voor het vaststellen van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden. De term overeenkomst moet echter ook geïnterpreteerd worden in het licht van de doelstelling die de wetgever in het ontslagrecht in het algemeen en in artikel 15, § 2, in het bijzonder nastreeft: nl. het voorrang verlenen aan de bescherming van de rechten en belangen van de werknemer in het kader van de uitbouw van een grotere vastheid van betrekking en bestaanszekerheid. Vandaar dat naar ons gevoelen de term overeenkomst staat voor de mogelijkheid voor de werkgever om bij het bepalen van de opzeggingstermijnen zijn belangen te doen gelden. Dat kan stilzwijgend of uitdrukkelijk gebeuren, dat kan eventueel vóór de opzegging geschieden of niet geschieden, daar de werkgever van dit recht kan afzien. Het enige vereiste is dat, zo het gebeurt, het een individuele overeenkomst betreft.

Ook artikel 82, § 3, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 dient op een zelfde manier te worden gelezen; dit is des te meer het geval nu de wetgever in artikel 6 een principiële uitspraak heeft gedaan omtrent de dwingende aard ten voordele van de werknemer van de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet.

M. RIGAUX, U.I.A. en
B. MERGITS,
V.U.B.

EEN ANTWERPSE BORGBRIEF IS GEEN BORGTTOCHT

1. In het Antwerpse maritieme milieu wordt courant gebruik gemaakt van een akte waarvan de tekst gezamenlijk door de Kamer van Koophandel en de Scheepvaartvereniging is aangenomen. Het document wordt gebruikt om van een rederij goederen die in de haven aangekomen zijn, maar waarvoor men nog geen geëndosseerd cognossement kan voorleggen, toch reeds in handen te krijgen.

Formeel gezien verschijnt het als volgt:

- i. het is een brief die ondertekend is door een geïdentificeerde commissionair-expediteur;
- ii. het geschrift bevat de verbintenis van de commissionair-expediteur om een bedrag te betalen, dat voorlopig onbepaald, maar bepaalbaar is, aangezien het de tegenwaarde uitmaakt van de los te krijgen goederen;
- iii. het geschrift bepaalt dat de verbintenissen uitvoerbaar zijn op eerste aanvraag;
- iv. een bank tekent op dezelfde akte als solidaire borg;
- v. deze brief wordt overhandigd aan de in de brief niet genoemde begunstigde. Het is gebruikelijk dat na afloop van de garantie het geschrift wordt teruggegeven. In de praktijk lijkt de bedoeling niet te bestaan dat die brief zou circuleren.

Die tekst wordt als «borgbrief» bestempeld. De authentieke Franse versie van de tekst zegt juist dat het om een garantiebrieftje (*lettre de garantie*) gaat¹. De Nederlandse vertaling van de hele brief laat trouwens te wensen over.

Garantie op eerste aanvraag

2. De hierboven beschreven akte is geen borgtocht, maar een garantie op eerste aanvraag². Zulk een garantie, als abstracte verbintenis, is een nieuw type persoonlijke zekerheid, dat uit de praktijk is ontstaan. Men treft dit type

¹ In het zeerecht kent men een ander gebruik van de garantiebrieftje. De garantiebrieftje of tegenbrieftje voor vergoeding (*contre-lettre d'indemnité*) is een geheime brieftje waardoor de inlader zich verbindt de rederij te ontslaan van de aansprakelijkheid die deze tegenover derden, inzonderheid tegenover de koper der koopwaar, zou kunnen oplopen ten gevolge van het feit dat de beschrijving der geladen koopwaren, zoals zij voorkomt in het cognossement, niet zou overeenstemmen met de ter bestemming ontscheept waar. Die beschrijving is een taak van de kapitein. Deze kan sommige negatieve punten door de vingers zien. Vandaar. De inlader garandeert de kapitein voor de schadevergoeding waartoe hij zal kunnen worden gehouden voor het niet precies beschrijven van de uiterlijke verschijning van de vervoerde goederen: «a clean bill of lading against a letter of indemnity».

Het Hof van Beroep te Brussel heeft een dergelijke garantiebrieftje nietig verklaard als strijdig met de openbare orde ingevolge het Verdrag van Brussel van 25 augustus 1924, in feite strijdig met de rechtmatige verwachtingen van de verkrijgers van het cognosse-

meestal aan bij gelegenheid van exportverrichtingen in de internationale handelswereld, maar ook in het Belgische interne recht kan men het sinds enige tijd aantreffen³.

Zulk een abstracte, met andere woorden onvoorwaardelijke garantie was één van de thema's die behandeld werden in een interessant colloquium dat in oktober 1983 in de Rechtsfaculteit van de U.L.B. werd gehouden. In het Frans spreekt men van «*garantie à première demande*», in het Duits van «*Garantievertrag*», «*Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen*», in het Engels van «*contract of indemnity*» of «*guarantee bond*» (*on call, on first demand*).

Ze komt veelal voor in een drie-partijen-verhouding en gaat uit van een derde, een bank meestal, die de nakoming van een hoofdcontract waarborgt. In de Antwerpse borgbrief wordt een andere constructie gebruikt: het is de hoofdschuldenaar zelf (de commissionair-expéditeur) die een abstracte verbintenis op zich neemt. De bank tekent als borg. De rederij is de begunstigde.

Het wezenlijke onderscheid tussen borgtocht en garantie is dat de borg de excepties die kleven aan de hoofdschuld kan opwerpen, terwijl de garant dit niet kan. De garant kan eenvoudigweg geen enkele exceptie opwerpen. Zelfs overmacht kan niet met succes ingeroepen worden.

De begunstigde moet *niet eerst* een niet-nakoming van de gegarandeerde verbintenis bewijzen, alvorens hij betaling kan verkrijgen. Het gaat echter om meer dan een ommekeer van de bewijslast omtrent de niet-nakoming. Wanneer de begunstigde de garant aanspreekt, moet hij op zijn woord geloofd worden. Als hij beweert dat de hoofdv-

bintenissen niet nagekomen zijn, dan is dit voldoende om de garant tot uitvoering te verplichten⁴.

De begunstigde moet dus zelfs geen document voorleggen dat *prima facie* de uitvoering van de hoofdvbintenissen aantoon; dit is het grote verschil met het onherroepelijk documentair krediet, dat eveneens een abstracte verbintenis is. Bij onherroepelijk documentair krediet mag de bank slechts betalen, indien de documenten die door de verkoper overhandigd worden volledig overeenstemmen met de voorwaarden die hiervoor gesteld zijn in de kredietbrief⁵. De toestand van de garant is te vergelijken met die van de schuldenaar van een wisselbrief. Tegenover de verwijderde partijen, die de wisselbrief op geldige wijze hebben verkregen, zijn de verbintenissen van de ondertekenaars materieel abstract. Dit wil zeggen dat de schuldenaar aan de houder de verweermiddelen niet kan tegenwerpen die hij aan diens voormannen wel had kunnen tegenwerpen⁶.

Om twee redenen kon men op het eerste gezicht m.b.t. onze «borgbrief» twijfelen aan de geldigheid in het interne recht van een dergelijke garantie: enerzijds gaat het om een eenzijdige verbintenis, en anderzijds om een door de partij-wil gecreëerde abstracte verbintenis.

Eenzijdige verbintenis

3. Men moet inderdaad opmerken dat zo'n garantie op eerste aanvraag zich in de praktijk voordoet als een eenzijdige verbintenis⁷. Ook onze Antwerpse borgbrief die, zoals we zagen, aan een niet geïdentificeerde begunstigde is gericht, vertoont dit kenmerk.

Nu we in ons land sinds een tiental jaren minder moeite hebben dan in Frankrijk om de geldigheid te aanvaarden van eenzijdig door wilsverklaring gecreëerde verbintenissen, is daar geen bezwaar tegen⁸. Er is geen aanvaarding door een tegenpartij nodig om de verbintenis van de garant te doen ontstaan. De wilsautonomie ligt ten grondslag aan de nieuwe zekerheden die de praktijk ontwikkelde. De emissie van de garantiebrief volstaat, zoals in het onherroepelijk documentair krediet. Het zou in het licht van de handelsgebruiken kunstmatig lijken hier een stilzwijgende aanvaarding te veronderstellen, of een aanvaarding die vóór de emissie gegeven zou zijn.

Volgens een mening die vele verdedigers heeft in de Franse rechtsleer en ook enkele in ons land, zou een eenzijdige rechtshandeling nochtans geen bron van verbintenissen kunnen zijn⁹. Van Ryn en Heenen aanvaarden daarentegen

ment die afgaan op de verklaring van de kapitein die het cognossement opstelt. Op hem rust de plicht de ontvangstgerechtigde zo volledig mogelijk in te lichten nopens de staat waarin hij de koopwaar in ontvangst genomen heeft.

In een rede uitgesproken in 1956 op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Brussel veroordeelt de advocaat-generaal G. Vander Perren het gebruik van dit soort garantiebrieven: «Het Verdrag van Brussel van 25 augustus 1924 en de garantiebrieven in het zeerecht», *R.W.*, 1956-57, 114.

² De term garantie heeft meerdere betekenissen. Aldus wordt het gebruikt in contrast met een resultaatsverbintenis. De resultaatsverbintenis is fundamenteel verschillend van de «obligation de garantie», waarbij de debiteur zich niet ontlasten kan door een beroep op overmacht te doen. Een voorbeeld van een garantiEVERBINTENIS: de beroepsverkoper of de producent kan in het Franse recht of in het E.E.G.-ontwerp niet ontsnappen aan zijn verplichting de schade te vergoeden die een verkocht gebrekkig produkt veroorzaakte. (In ons recht daarentegen betekent de onoverwinnelijke onwetendheid een uitzondering op de vrijwaringsplicht van de beroepsverkopers.)

Zie FAGNARD, J.L., «Les obligations de garantie», *Mélanges Bagniet*, 233-262, noot 81, 259.

³ POULLET, Y., «Les garanties contractuelles dans le commerce international», *Droit et pratique du commerce international*, 1979, 387-442, in het bijzonder 412; VELU-SPREUTELS, DELIERNEUX en LEVY MORELLE, «Les garanties payables à première demande», in *Les sûretés issues de la pratique*, Presses Universitaires Bruxelles, 1983, III, I.6 en 27; VAN OMMESLAGHE, P., «Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté», stencil, Colloquium «Les Sûretés», 15; VAN LIER, H., «Les garanties dites 'à première demande' ou abstraites», *J.T.*, 1980, 345 en 357.

⁴ Wanneer het beroep van de begunstigde op de garantie niet gerechtvaardigd was, kan door de garant na de betaling verhaal uitgeoefend worden.

Bij de in de internationale handel gebruikelijke drie-partijen-verhouding, kan de opdrachtgever, wiens rekening door zijn bank gedebiteerd is ten gevolge van de betaalde garantie, verhaal uitoefenen op de begunstigde indien het beroep op de garantie niet gerechtvaardigd was (zie VELU-SPREUTELS, e.a., o.c., I, 84).

⁵ Zie VELU-SPREUTELS, e.a., o.c., I.21.

⁶ RONSE, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, nr. 44.

⁷ VAN LIER, H., o.c., 346, I.2, *in fine*.

⁸ KRUTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 503, nrs. 5-6.

⁹ COIPEL, M., «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale», *R.C.J.B.*, 1980, 65.

wel de geldigheid van de door eenzijdige wilsuiking gecreëerde verbintenis, maar met de belangrijke restrictie, dat dit slechts doelmatig zou zijn bij toetreding tot reeds bestaande instituties¹⁰.

Volgens Van Ommeslaghe bestaat er geen enkel bezwaar dat, zoals in het geval van de garanties op eerste aanvraag, verbintenissen zouden ontstaan uit een eenzijdige wilsverklaring; een aantal instellingen uit de handelswereld kunnen slechts op die manier uitgelegd worden, wil men niet aan kunst- en vliegwerk doen¹¹.

Verscheidene cassatiearresten worden ter ondersteuning van deze stelling ingeroepen; de draagwijdte van sommige ervan kon tot betwisting aanleiding geven. Zeker is nochtans dat het Hof de theorie van het aanbod grondde op een verbintenis door eenzijdige wilsverklaring¹². Uit het arrest van 9 mei 1980 blijkt nu duidelijk dat de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiking deel uitmaakt van ons positief recht, zoals Kruithof opmerkt¹³.

Een abstracte verbintenis

4. De vraag naar de geldigheid van de verbintenis op eerste aanvraag is anderzijds gebaseerd op het begrip oorzaak en op de geldigheid van de abstracte verbintenissen. Twee cassatiearresten van 13 november 1969 en 5 november 1976 beslissen in gelijkaardige bewoordingen dat elke rechtshandeling een oorzaak moet hebben, die er een geldigheidsvoorwaarde van uitmaakt volgens de artikelen 1131 en 1133 B.W., tenzij *de wet* toestaat dat de rechtshandeling geabstraheerd is van haar oorzaak. De hele vraag bestaat erin wat men onder de term *wet* moet verstaan. Moet de wetgever uitdrukkelijk een uitzondering toestaan op het noodzakelijk voorhanden zijn van een oorzaak in bilaterale of unilaterale rechtshandelingen? Of mag men aannemen, met Van Ommeslaghe, dat de partijen kunnen overeenkomen onbenoemde abstracte rechtshandelingen te creëren?

Bij de garantie op eerste aanvraag gaat het zeer duidelijk om een verbintenis, die geabstraheerd wordt van haar oorzaak. Om die reden nam een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Brussel van 1979 de geldigheid ervan niet aan. Dit vonnis werd echter gewijzigd door het hof van beroep in 1981¹⁴. In Parijs had het Hof van Beroep in 1967, in 1977 en 1979 reeds in dezelfde zin uitspraak gedaan¹⁵.

¹⁰ Zie *Principes*, I, tweede uitgave, nr. 23; VAN RYN, «L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial», *Mélanges Dabin*, II, 953; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1975, 629-633, nr. 77.

¹¹ VAN OMMESLAGHE, P., «Engagement par volonté unilatérale en droit belge», *J.T.*, 1982, 144.

¹² Cass., 19 februari 1970, *Pas.*, 1970, I, 542; Cass., 18 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 460; Cass., 3 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 876; Cass., 28 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 196, *R.C.J.B.*, 1978, met noot S. FREDERICQ.

¹³ Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132; KRUIHOF, *t.a.p.*

¹⁴ Brussel, 18 december 1981, *T. Bank*, 1982, 19.

¹⁵ Parijs, 2 juni 1967, aangehaald door VELU-SREUTELS e.a., *o.c.*, I, 42; Parijs, 18 december 1977, *Dall.*, 1979, 259, noot VASSEUR; Parijs, 1 juni 1979, aangehaald door GAVALDA en STOUF-

Sommigen kan het abstract karakter van een verbintenis tegen de borst stuiten, omdat het onbillijke gevolgen zou kunnen hebben. Wellicht was dit de reden waarom de Internationale Kamer van Koophandel in 1978 de garantieverplichting uit haar werkprogramma over de zekerheden schrapt. Deze moralistische opvatting lijkt echter onhoudbaar, gezien het grote succes en blijkbaar het grote nut van de garantie in de internationale handel. De Internationale Kamer van Koophandel is blijkbaar daarom op haar standpunt teruggekomen en bestudeert nu opnieuw de garantie op eerste aanvraag (documenten nr. 460/480 en 470/400 september 1982). Ook bestaat er sinds 1978 een voorontwerp van richtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, dat niet alleen de borgtocht tot voorwerp heeft, maar ook de autonome of abstracte garantie (referentie III/168/78). Dit is toch ook veelbetekenend m.b.t. de geldigheid van de bewuste garanties. In ons land wordt, sinds enkele jaren pas, de geldigheid van de garanties op eerste aanvraag aanvaard¹⁶.

Dat rechtspraak en rechtsleer de geldigheid van de garantie op eerste aanvraag aanvaardden, impliceert dat zij de onbenoemde rechtshandelingen geldig achten en dat zij zich schikken achter de interpretatie die Van Ommeslaghe voorstelt van de twee arresten van het Hof van Cassatie van 1969 en 1976¹⁷.

5. De woorden «op eerste aanvraag» die in een document voorkomen kunnen een vermoeden vestigen dat het om een abstracte verbintenis gaat.

In de Antwerpse borgbrief wordt op drie plaatsen de garantie op eerste aanvraag vermeld: in het 2° (*bij eerste uitnodiging van uwentwege*); in het 5° (*deze koopwaar op uw eerste aanvraag terug te geven*); in het 6° (*op uw eerste verzoek*).

FLET, «La lettre de garantie internationale», *R. trim dr. comm.*, 1980, 14.

¹⁶ *Rechtsleer*: SIMONT, L. en BRUYNEEL, A., «Chronique de droit bancaire privé — Les opérations de banque (1978-1979)», *T. Bank.*, 1980, 100, nr. 41; BRUYNEEL, A., «Le droit bancaire», *J.T.*, 1982, 356, nr. 19; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, nr. 2561; HEENEN, «Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge», *Recueil de la Société Jean Bodin*, XXX, 153; DESMET, R., «Problemen in verband met bankgaranties voor export, meer bepaald deze met een onvoorwaardelijk karakter», uiteenzetting op een studiedag van 15 mei 1979 ingericht door de Vereniging van Bedrijfsjuristen; VAN LIER, H., *o.c.*, 347, I, 4; POULLET, Y., «L'abstraction de la garantie bancaire automatique — étude de droit civil comparé», proefschrift, Louvain, 1981-82, 5; *o.c.*, 395; VAN OMMESLAGHE, P., «Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine modernes», *R.C.J.B.*, 1970, 361; Akten van het colloquium van Tours in 1981 van de F.E.D.U.C.I., «Les garanties bancaires dans les contrats internationaux», Parijs, 1981; zie DE PAGE, *Traité*, VI, nrs. 856, 859, 660 en 905.

Rechtspraak: Brussel, 18 december 1981, *T. Bank.*, 1982, 19; Kh. Brussel (kort geding), 15 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, 153; Kh. Brussel (kort geding), 23 december 1980, *B.R.H.*, 1981, 363; Kh. Brussel (kort geding), 6 april 1982, *Dall.*, 1982, 504; Antwerpen, 13 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, 643.

¹⁷ VAN OMMESLAGHE, P., «Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne», *R.C.J.B.*, 1970, 326. *Adde*: Cass., 5 november 1976, *Pas.*, 1977, 267 die dezelfde formule gebruikt als het arrest van 13 november 1969.

De formulering is op een andere plaats dubbelzinnig en zou, voorgelegd aan buitenlandse rechtbanken, tot betwisting aanleiding kunnen geven. In het 5° staat: «*Wij verbinden ons, ten titel van borgstelling, de tegenwaarde (van deze koopwaar) aan de hoogste koers van de dag op uw naam in bewaring te geven bij een door U gekozen plaatselijke bank.*» In het Frans luidt het: «*Nous nous engageons à consigner à titre de caution, sa contrevaleur.*» Men zou hieruit kunnen besluiten dat het slechts gaat om een *bewaargeving* bij een bank, waar die som geblokkeerd wordt, zolang de betwisting duren kan. Dit is echter niet het geval. Het gaat om een betaling. Onmiddellijk kan de begunstigde dat geld van de bank gaan afhalen.

Twee uitzonderingen

6. Op het abstracte karakter van een dergelijke garantie, of m.a.w. op het onvoorwaardelijke karakter van de betalingsverplichting van de garant, bestaan er slechts twee uitzonderingen: de strijdigheid van de oorzaak van de gegarandeerde verbintenis met de openbare orde (bijvoorbeeld drughandel, verboden wapenhandel, onwettige deviezenexport) ten eerste, en ten tweede de kwade trouw van de begunstigde «*established or obvious fraud*» (Edward Owen Engineering Ltd vs. Barclays Bank International Ltd, «*la mauvaise foi manifeste*», schrijft Van Lier, o.c., 356)¹⁸.

Wat betreft de eerste uitzondering moet opgemerkt worden dat de oorzaak strijdig moet zijn zowel met de openbare orde van het op de garantieverbintenis toepasselijke rechtstelsel, als met die van het recht van de buitenlandse rechtbank waarvoor het geding aanhangig is.

De garant zal slechts de betaling weigeren indien de onwettigheid of de immoraliteit zonneklaar is. In dezelfde zin zal in het geval van de tweede uitzondering de garant de betaling slechts weigeren indien het abusievelijk karakter van het beroep op de garantie in het oog springt. In de praktijk komt dit zelden voor.

Wanneer de garant, — *quod plerumque fit*: de bank — een fout beging en daarop abusievelijk de rekening van de opdrachtgever debiteerde, zal laatstgenoemde verhaal kunnen uitoefenen tegen eerstgenoemde¹⁹.

In de Antwerpse «borgbrief» wordt op de betalingsplicht van de garant slechts één uitzondering vermeld: «*Wij zullen een vrijwillige betaling slechts dan kunnen betwisten indien deze klaarblijkelijk indruist tegen de ter plaats van betaling van kracht zijnde wetten en gebruiken.*» Men lijkt hier te verwijzen naar een hypothese waarin de rederij de houder van het cognossement op foutieve wijze uitbetaalde. De rederij had niet mogen betalen. Volgens het recht van het land waar de betaling geschiedde, had de houder van het cognossement geen recht om de schadevergoeding wegens de afwezigheid van de koopwaren te ontvangen.

Het lijkt een nogal wazige formule, waarin slechts verwezen wordt naar de openbare orde van de Staat waarin toevallig de vergoeding uitbetaald wordt. Zou die formule niet best herschreven worden?

Melding van de betaling door de garant

7. Het is gebruikelijk dat de bank haar opdrachtgever informeert aangaande het feit dat er een beroep gedaan wordt op de garantie, en hoewel ze eraan herinnert dat ze onvoorwaardelijk tot betaling gehouden is, wacht ze normalerwijze enkele dagen alvorens te betalen.

Over het algemeen zijn de banken wel zo voorzichtig zich uitdrukkelijk te doen vrijstellen van die verwittiging. Zulk een beding is volgens Poulet geldig; er zijn nochtans twee gevallen waarin, ondanks een dergelijk beding, de bank de opdrachtgever toch zal moeten verwittigen: het geval waarin de bank door de opdrachtgever ervan op de hoogte gebracht werd dat een beroep op de garantie in het licht van de gegeven omstandigheden overduidelijk te kwade trouw zou zijn; en het geval waarin de bank zelf het bestaan van overduidelijke kwade trouw vermoeden kan²⁰. In dat geval zou de bank aansprakelijk kunnen zijn door te betalen zonder de opdrachtgever te verwittigen en hem een redelijke tijd te geven om zich tegen de betaling te verzetten (door een kort geding in te stellen of bewarend beslag te leggen).

Melding van de betaling door de rederij

In de Antwerpse borgbrief (3°) vindt men een echo van die clausule, maar dan ten voordele van de begunstigde (de rederij). De garant belooft te betalen «*zonder verplichting van Uwentwege er ons over te berichten (over de aan de houder van het cognossement betaalde schadevergoeding) of ons ter zake op te roepen, vermits Uw kwijtschrift van vrijwillige of gedwongen betaling ons tot terugbetaling verplicht*».

De niet-accessoire verbintenis van de bank

8. Zoals gezegd is de garantie in de internationale praktijk meestal in een drie-partijen-verhouding (soms een vierpartijen-verhouding) ingepast. De bank tekent een garantie van betaling op eerste aanvraag *tot zekerheid* van een hoofdverbintenis. Uiteraard laat de bank zich hier dik voor betalen (en uiteindelijk wordt die som toch op de door de begunstigde te betalen prijs afgewenteld).

Op vraag van de begunstigde zal de bank betalen, zelfs indien haar cliënt — de opdrachtgever — hiertegen protesteert. Soms proberen opdrachtgevers de betaling te beletten door derdenbeslag te leggen op de sommen bij de bank. Dit zou echter niet mogen. Een arrest van het Hof van Beroep te Parijs van 27 oktober 1981 besliste dat aan de opdrachtgever de mogelijkheid moet worden ontzegd om een bankgarantie — en hetzelfde geldt voor het onherroepelijk documentair krediet — te blokkeren door derdenbeslag. Dit arrest zet een eindpunt bij een discussie die reeds meer dan dertig jaar duurde, — tot grote voldoening van de bankwereld²¹.

In het basiscontract met de bank heeft de opdrachtgever er impliciet van afgezien een beroep te doen op die proce-

¹⁸ VELU-SPREUTELS, e.a., o.c., I, 68; Kh. Brussel, 11 maart 1981, B.R.H., 1981, 362; Brussel, 18 december 1981, T.Bank., 1982, 99.

¹⁹ VELU-SPREUTELS, e.a. o.c., I.84.

²⁰ POULLET, *proefschrift*, aangehaald door VELU-SPREUTELS, e.a., o.c., I.72.

²¹ PUECH, J., «La saisie-arrêt dans les crédits documentaires et les garanties bancaires», *Eur. Vervoerr.*, 1983, 119.

dure door een garantie te bedingen. In het hoofdcontract met de begunstigde verbindt hij zich ertoe aan zijn medecontractant een autonome, onherroepelijke garantie van betaling of van schadeloosstelling te leveren. In het hoofdcontract heeft hij precies daarom impliciet afgezien van de mogelijkheid om de garantie te herroepen door derdenbeslag te leggen bij de garant om hem te beletten aan de eerste aanvraag te voldoen.

9. In het geval van de Antwerpse borgbrief tekent de bank niet als garant, maar als solidaire borg. Dit komt echter op hetzelfde neer. De bank waarborgt immers een abstracte verbintenis. Dit betekent dat, in tegenstelling tot het normale geval waarin de verbintenis van een borg niet autonoom is omdat ze een accessoir karakter vertoont, in dit geval de verbintenis van de solidaire borg zoals de hoofdschuld een autonoom karakter vertoont en op eerste aanvraag moet worden uitgevoerd.

De gewaarborgde verbintenis is hetzij een verbintenis *in natura* (het teruggeven van de koopwaren), hetzij een verbintenis tot betaling van een schadevergoeding. Hier is geen bezwaar tegen. Men kan zich borg stellen voor alle verbintenissen, ook voor de verbintenissen om iets te doen of niet te doen²².

Subrogatie

10. Er kan geen kwestie zijn van subrogatie van de bank die als garant optreedt, — noch wettelijke, noch conventionele subrogatië. Immers, een van de fundamentele elementen van de subrogatie is de betaling door een derde van *andermans* schuld. De garant voert echter niet de verbintenis van de opdrachtgever uit, maar integendeel zijn eigen verbintenis. Het verhaal zal plaatsvinden op grond van de overeenkomst *sui generis* tussen de hoofdschuldnaar en de garant, op grond waarvan de garant tegen vergoeding door de hoofdschuldnaar aanvaardde zich te verbinden t.o.v. de begunstigde en te betalen zodra hij ertoe gevorderd werd zijn verbintenis te honoreren²³.

In casu, in het geval van de Antwerpse borgbrief, ligt het anders. De garant is hier de opdrachtgever zelf van de bank. De bank tekent als borg. Na betaling wordt ze dus gesubrogeerd.

Besluit

11. De tijd is gekomen om de redactie van de zogenaamde «borgbrief» in het licht van de recente rechtspraak te herwerken.

Vooraf voor de gevallen waarin een geding in het buitenland gevoerd wordt, bijvoorbeeld na regresvordering van een Antwerpse commissionair-expediteur op een buitenlandse commitent, is het belangrijk dat de tekst glashelder zij. Van de gelegenheid kan best gebruik gemaakt worden om voor een betere kwaliteit van de Nederlandse tekst te zorgen.

J. H. HERBOTS

²² MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Le cautionnement en droit belge*, Bruylant, 1978, nr. 155, blz. 100; VAN LIER, o.c., 345.

²³ VAN LIER, 355; VELU-SPREUTELS e.a., o.c., I.83.

BIJLAGE

Borgbrief

(Tekst in gemeenschappelijk overleg aangenomen door de Kamer van Koophandel van Antwerpen en de Antwerpse Scheepvaartvereniging.)

In geval van betwisting vóór de rechtbanken zal de Franse tekst als oudst bestaande ter referentie geraadpleegd worden.

Wij verzoeken U de hieronder omschreven goederen, welke geladen werden door de HH. (...), aangekomen van (...) per schip (...) en voor dewelke ons nog geen regelmatig geëndosseerd cognossement toegekomen is, te onzer beschikking te laten volgen.

Wij erkennen dat U, door gevolg te geven aan ons verzoek, in zuiver vertrouwen handelt in onze verklaring dat de koopwaar voor ons bestemd is, zoals ook wij in Uw Rederij en in U zelf vertrouwen stellen voor het behartigen van onze belangen. Derhalve moeten wij de Rederij, de kapitein en gebeurlijk U zelf en alle anderen, bij de verzending betrokken, schadeloos houden voor al de mogelijke gevolgen voortvloeiend uit Uwe welwillendheid.

Het is dus wel verstaan dat :

1° De koopwaar afgeleverd wordt krachtens de clausules, voorwaarden en beperkende bepalingen, ingelast in het ontbrekend cognossement.

2° Ingeval het cognossement door een andere persoon of firma zou aangeboden worden, nemen wij alle verplichtingen van de Rederij, van de kapitein en gebeurlijk van U zelf tegenover deze persoon of firma voor onze rekening en met name de verplichting hem haar dadelijk de koopwaar af te leveren overeenkomstig het cognossement of hem/haar schadeloos te stellen bij eerste uitnodiging van Uwentwege.

3° De aflevering geschiedt op ons risico en wij blijven tegenover de Rederij en U verantwoordelijk voor het vrachttloon alsmede voor alle schadevergoedingen, gerechtelijke kosten met inbegrip van alle honoraria van advocaten en van alle welkdanige verliezen welke de Rederij of U zoudt betalen of ondergaan als gevolg van de aan onszelf gedane aflevering, hetzij de vordering in België ofwel in het buitenland ingediend weze of er aldaar desaangaande gewonnen weze, zonder verplichting van Uwentwege er ons over te berichten of ons ter zake op te roepen, vermits Uw kwijtschrift van vrijwillige of gedwongen betaling ons tot terugbetaling verplicht.

Wij zullen een vrijwillige betaling slechts dan kunnen betwisten indien deze klaarblijkelijk indruist tegen de ter plaats van betaling van kracht zijnde wetten en gebruiken.

4° De betalingen welke U zult verricht hebben zullen verhoogd worden met de intresten, te rekenen van de dag waarop zij gedaan werden tot op het ogenblik van de terugbetaling, op voet van het disconto van de Nationale Bank van België voor niet-geaccepteerde wissels, vermeerderd met één ten honderd. De terugbetaling van de door U in vreemde valuta verrichte betalingen zal door ons geschieden naar Uwe keuze in dezelfde vreemde valuta of in Belgische frank. In dit laatste geval moet de omzetting geschieden tegen de hoogste genoteerde koers van bedoelde vreemde valuta op de Antwerpse Beurs, te Uwer optie, op de dag van Uw betaling of van onze terugbetaling.

5° Ingeval wij U binnen het tijdsbestek van één maand, met ingang van vandaag, het voor het definitief in bezit nemen van de koopwaar geldig cognossement niet zouden overhandigd hebben, verbinden wij ons deze koopwaar op Uwe eerste aanvraag terug te geven of, ten titel van borgstelling, de tegenwaarde ervan aan de hoogste koers van de dag op uw naam in bewaring te geven bij een door U gekozen plaatselijke bank, terwijl wij verantwoordelijk blijven, zoals hoger vermeld, voor alle gevolgen van Uwe welwillendheid te onzen opzichte, daar de restitutie of de borgstelling geenszins een einde stelt aan onze verplichtingen tegenover de Rederij of tegenover U.

6° Het blijft evenwel verstaan dat voornoemde clausules

geen beperking betekenen van Uwe rechten tegenover ons, Overigens verbinden wij ons formeel U, op Uw eerste verzoek, de nodige gelden te bezorgen, ten einde U toe te laten de betalingen te doen, welke ook hun bedrag moge zijn, die U uit hoofde van de aflevering van genoemde koopwaren tegen deze waarborg aan derden zou moeten doen. Deze stortingen zullen door U slechts in de zin der bepalingen van deze borgbrief mogen benuttigd worden.

7° Wij bieden U de waarborg aan van de Bank (...) die deze tekst samen met ons ondertekent en zich hoofdelijk borg stelt voor onze rekening.

Hoogachtend.

Goed voor hoofdelijke borgstelling.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Boon

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Bützler

Echtscheiding — Door onderlinge toestemming — Covenant — Bijdrage in onderhoud en opvoeding van de kinderen — Beding dat een van de echtgenoten voor het geheel zal bijdragen — Geldigheid.

Art. 1288, 3°, Ger. W. beoogt de latere betwistingen tussen de echtgenoten nopens hun onderlinge bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen te voorkomen. Voor zover de kinderen in niets te kort komen, kunnen de ouders hun onderlinge bijdrage tot die lasten naar goeddunken regelen.

Aan de voorwaarden van het vastleggen, in een schriftelijke overeenkomst, van de bijdrage van elk van beide echtgenoten is voldaan, ook wanneer de echtgenoten overeenkomen dat een hunner het geheel zal bijdragen en de andere niets. Zulk een clause is slechts verboden in zoverre zij derwijze is opgevat dat een van de echtgenoten van zijn verplichtingen tegenover de kinderen wordt ontslagen.

De S. en H. t/ Procureur-generaal bij het
Hof van Beroep te Brussel

Gelet op het bestreden arrest, op 4 december 1981 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1288, 3°, 1297 en 1298 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest de echtscheiding door onderlinge toestemming tussen de eisers niet toestaat onder meer op grond: «... dat om te beantwoorden aan de voorwaarden van artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, een 'concrete' bijdrage van elk van beide ouders in de overeenkomst moet worden opgenomen. Dat de keuze door de

wetgever van de woorden 'elk van beide echtgenoten' er duidelijk op wijst dat zowel de vader als de moeder bij geschrift een redelijk akkoord moeten sluiten waarbij ze ieder hun aandeel bepalen. Dat de clause, zoals gekozen door appellanten (de eisers), strijdig is met de wettelijke voorschriften. Dat het niet enkel gaat om een vormvereiste doch ook om een grondvoorwaarde die niet is nageleefd (...); dat immers de nietigheid van een beding waarbij een der echtgenoten, zoals ten deze, volledig vrijgesteld wordt van iedere bijdrage in de onderhouds- en opvoedingskosten van de kinderen, van openbare orde is (...)),

terwijl artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek geenszins de echtgenoten, die besluiten uit de echt te scheiden door onderlinge toestemming, verbiedt een van hen in hun onderlinge juridische verhouding te ontslaan van elke bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen, voor zover, zoals deze wetsbepaling overigens uitdrukkelijk voorschrijft, de hen door de wet toegekende rechten ten aanzien van hun beide ouders niet worden beknót; een beding van de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst, waarin de bijdrage van de ouders in de onderhouds- en opvoedingskosten der kinderen wordt geregeld, slechts strijdig is met de openbare orde — namelijk met de artikelen 203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek — wanneer tussen de echtgenoten wordt overeengekomen dat een van beiden niet meer zal bijdragen in het onderhoud van de kinderen of het kind en dat de andere echtgenoot de eerste zal vrijwaren tegen iedere onderhoudsvordering ten behoeve van de kinderen of het kind; zulks ten deze niet het geval is gezien de betrokken clause van de voorafgaandelijke overeenkomst: «Onverminderd de rechten aan de kinderen door hoofdstuk V, titel V van boek I van het Burgerlijk Wetboek toegekend...» (schending van artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek) de rechten van het kind op kost, onderhoud en opvoeding ten aanzien van beide ouders onverkort laat, en het arrest tevens, door niet alleen na te gaan of het formele vereiste voorgeschreven door artikel 1288, 3° van het Gerechtelijk Wetboek nageleefd is, doch ook te onderzoeken in welke mate de eisers overeengekomen waren onderling tot het onderhoud van hun kind te zullen bijdragen, de

artikelen 1297 en 1298 van het Gerechtelijk Wetboek schendt, nu deze wetsbepalingen de bevoegdheid van de rechter beperken tot een louter formele controle, namelijk of «de partijen aan de voorwaarden hebben voldaan en de formaliteiten in acht hebben genomen die door de wet bepaald zijn»:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de eisers in hun aan de echtscheiding bij onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst in verband met hun bijdrageverplichting in het onderhoud en de opvoeding van hun kind, stipuleerden: «Onverminderd de rechten aan de kinderen door hoofdstuk V, titel V van boek I van het Burgerlijk Wetboek toegekend, zijn partijen overeengekomen dat mevrouw Bernardine H. persoonlijk de last van onderhoud en opvoeding van het kind zal betalen zonder enige bijdrage van de heer Gerrit De S.;

Overwegende dat artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek de ouders verplicht tot onderhoud en opvoeding van de uit hun huwelijk gesproten kinderen, zonder dat deze plicht ingevolge de ontbinding van het huwelijk ophoudt; dat, na gezegde ontbinding, artikel 303 van hetzelfde wetboek de ouders verplicht tot dit onderhoud en tot die opvoeding bij te dragen;

Overwegende dat naar luid van artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, de echtgenoten die besloten zijn tot echtscheiding door onderlinge toestemming over te gaan, er onder meer toe gehouden zijn hun overeenkomst bij geschrift vast te leggen omtrent de bijdrage van elk van beide echtgenoten in het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen, onverminderd de rechten, hun toegekend door hoofdstuk V, van titel V van boek I van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat dit artikel beoogt de latere betwistingen tussen de echtgenoten nopens hun onderlinge bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen te voorkomen; dat de echtgenoten, voor zover de kinderen in niets te kort komen, hun onderlinge bijdrage tot die lasten naar goeddunken regelen;

Overwegende dat aan de voorwaarden van het vastleggen in een schriftelijke overeenkomst van de bijdrage van elk van beide echtgenoten is voldaan, ook wanneer de echtgenoten overeenkomen dat een hunner voor het geheel zal bijdragen en de andere niets; dat zulk een clause slechts verboden is in zoverre zij derwijze is opgevat dat een van de echtgenoten van zijn verplichtingen tegenover de kinderen wordt ontslagen;

Overwegende dat ten deze de eisers, door in hun overeenkomst uitdrukkelijk te vermelden dat de getroffen regeling geschiedt «onverminderd de rechten aan de kinderen door hoofdstuk V, titel V van boek I van het Burgerlijk Wetboek toegekend», ondubbelzinnig tot uiting brengen dat het ontslag van bijdrageverplichting voor een hunner uitsluitend hun onderlinge verhouding betreft maar dat tegenover het kind hun wettelijke bijdrageverplichting onverminderd blijft voortbestaan;

Dat het arrest niet zonder schending van artikel 1288, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek het bedoelde beding nietig kon verklaren op grond van de in het middel weergegeven motieven;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—*Onderhoudsplicht en onderhoudsbijdrage ten behoeve van minderjarige kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming*

1. Een echtpaar wenst uit de echt te scheiden door onderlinge toestemming.

Krachtens art. 1288, 3°, Ger. W. zijn de echtgenoten die besloten zijn tot echtscheiding door onderlinge toestemming over te gaan, ertoe gehouden vooraf bij notaris hun overeenkomst bij geschrift vast te leggen omtrent de bijdrage van elk van beide echtgenoten in het onderhoud en de opvoeding van hun minderjarige, ongehuwde en niet ontvoegde kinderen.

In casu werd met betrekking tot de bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van het door adoptie gewettigd minderjarig kind van partijen in de voorafgaande notariële overeenkomst van 14 maart 1980 bedongen: «Onverminderd de rechten aan de kinderen door hoofdstuk V, titel V van boek I van het Burgerlijk Wetboek toegekend, zijn partijen overeengekomen dat mevrouw H. persoonlijk de last van onderhoud en opvoeding van het kind zal betalen, zonder enige bijdrage van de heer De S.»

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel besliste op 23 september 1981 dat die bijdrageregeling art. 1288 Ger. W. schendt en dat de echtscheiding niet kon worden toegestaan.

Bij arrest van 4 december 1981 bevestigde het Hof van Beroep te Brussel deze uitspraak.

Het hof motiveerde zijn beslissing met de overweging dat de door de echtgenoten gekozen onderhoudsregeling ten behoeve van hun kind in strijd is met de ter zake geldende wettelijke bepalingen, waaruit werd afgeleid dat een concrete bijdrage van elk van beide ouders in de voorafgaande overeenkomst diende te worden opgenomen.

Deze beslissing werd door bovenstaand arrest vernietigd wegens schending van art. 1288, 3°, Ger. W.

2. Voor een goed begrip is het van essentieel belang onderscheid te maken tussen *onderhoudsverplichting* en *onderhoudsbijdrage*.

a) *Onderhoudsverplichting van de ouders tegenover hun kinderen: «obligatio»*

In het besproken arrest herinnert het Hof van Cassatie eraan dat de onderhoudsverplichting van de ouders ten behoeve van hun kinderen een wettelijke alimentatieschuld is.

De artt. 203 en 303 B.W. leggen respectievelijk tijdens het huwelijk en na de echtscheiding aan de ouders de verplichting op om naar evenredigheid van hun middelen aan de uit hun huwelijk gesproten kinderen onderhoud en opvoeding te verschaffen.

In de rechtspraak en de rechtsleer wordt algemeen aangenomen dat de door de artt. 203 en 303 B.W. aan de ouders opgelegde verplichting van openbare orde is, zodat de ouders die alimentatieschuld tegenover hun kinderen conventioneel niet kunnen wijzigen, beperken of belemmeren (Cass., 11 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 674, met noot Sonck, S.; Brussel, 22 november 1968, *Ann. Not.*, 1969, 74; Rb. Brussel, 30 maart 1968, *J.T.*, 1968, 456; Bax, M., en Willekens, H., «Overzicht van rechtspraak (1979-1980). Personen- en Familierecht», *R.W.*, 1981-82, 226; De Gavre, J., «Le divorce et la séparation de corps», *T.P.R.*, 1975, 246-247; Dembour, P., *Le mariage et le divorce et la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, 1980, 154; Pintens, W., «Uit-

kering van levensonderhoud aan kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming» (noot onder Vred. Brassaat, 30 juni 1976), *R.W.*, 1976-77, 1269; Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1965-1969). Personnes», *R.C.J.B.*, 1970, 652, nr. 65, c).

b) *Onderhoudsbijdrage in de onderlinge verhouding van de ouders: «contributio»*

Hoewel de ouders hun wettelijke alimentatieverplichting jegens hun kinderen niet kunnen wijzigen of beperken, mogen zij een overeenkomst sluiten betreffende de bijdrage van iedere ouder tot de lasten van onderhoud en opvoeding van hun kinderen (Cass., 7 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 764; Cass., 21 maart 1975, *R.C.J.B.*, 1976, 136, met goedkeurende noot Masson, J.-P.; Cass., 17 september 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 31, met noot Sterckx, D.; Vred. Merksem, 21 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2674; Sonck, S., «Alimentatie voor kinderen na een echtscheiding door onderlinge toestemming» (noot onder Cass., 11 juni 1981), *R.W.*, 1981-82, 677). Op grond van de artt. 203 en 303 B.W. heeft het kind recht op een levensniveau in verhouding tot de gecumuleerde middelen van beide ouders.

In de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst kunnen de ouders evenwel bepalen dat iedere ouder niet moet bijdragen naar evenredigheid van zijn eigen middelen. Op voorwaarde dat de som van de bijdragen van de vader en de moeder in de kosten van onderhoud en opvoeding van hun kinderen in verhouding staat tot de middelen van beide ouders, zijn de ouders gebonden door de conventionele verdeelsleutel die zij in hun voorafgaande overeenkomst uitgewerkt hebben (Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165, met noot J.P.; Rb. Neufchâteau, 5 maart 1980, *J.T.*, 1982, 364; Rb. Brussel, 14 oktober 1981, *R.W.*, 1981-82, 1487; Bax, M., «De onderhoudsverplichting na echtscheiding», in *Onderhoudsgeld*, Juridische Uitgaven U.I.A. — Depart. Rechten, Brussel, Ced-Samsom, 1978, p. 100, nr. 49; Casman, H., «Echtscheiding door onderlinge toestemming», in *Het Echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, Story, 1977, p. 192, nr. 272; De Gavre, J., 246-247; De Ville-Schyns, F., noot onder Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 152).

3. In het geannoteerde arrest beslist het Hof van Cassatie impliciet doch zeker dat art. 1288, 3°, Ger. W. alleen maar betrekking heeft op de onderlinge verhouding van de echtgenoten. Dit uitgangspunt leidt het Hof tot de gevolgtrekking dat, op voorwaarde dat de kinderen in niets te kort komen, de echtgenoten hun respectieve bijdrage tot de lasten van onderhoud en opvoeding naar goeddunken vrij regelen in de voorafgaande overeenkomst. Deze overweging van het Hof ligt dus volkomen in de lijn van de sub nr. 2 geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

4. Vervolgens rijst de vraag of de echtgenoten hun onderlinge bijdrage in de voorafgaande overeenkomst derwijze mogen verdelen dat één ouder voor het geheel zal bijdragen en de andere niets. In het gepubliceerde arrest wordt deze vraag bevestigend beantwoord.

Het Hof beperkt de rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst door te beslissen dat de conventionele bijdrageregeling er niet toe mag strekken één van de echtgenoten van zijn verplichtingen tegenover de kinderen te ontslaan. Die beslissing sluit aan bij het cassatiearrest van 10 oktober 1974 (*R.W.*, 1974-75, 1183), dat gewezen werd naar aanlei-

ding van een vordering tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten. In dit arrest beslist het Hof dat in een clause van de voorafgaande overeenkomst niet rechtsgeldig kan worden bepaald, enerzijds, dat één der ouders definitief de onderhouds- en opvoedingskosten van de kinderen zal dragen en, anderzijds, dat die ouder de andere ouder zal vrijwaren tegen onderhoudsvorderingen ten behoeve van de kinderen.

De voorafgaande overeenkomst is m.a.w. niet geldig, indien de afspraak tot doel of tot gevolg heeft de bijdrage definitief op de schouders van één van de ouders te leggen. De verbintenis van één der echtgenoten om van de gewezen mede-echtgenoot nooit enige bijdrage te eisen, is dan ook nietig (Brussel, 25 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 168; Casman, H., o.c., 192, nr. 272; J.P., noot onder Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2170; Sonck, S., noot onder Cass., 11 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 677).

In de doctrine werd terecht opgemerkt dat een dergelijke clause tot gevolg zou hebben dat de ene ouder nooit in rechte zou kunnen worden aangesproken om bij te dragen in de kosten van onderhoud en opvoeding, en zulks ongeacht de middelen van de andere ouder en de behoeften van het kind. Door aldus iedere aanspraak tegen één van de ouders uit te sluiten en de kinderen te dwarsbomen in hun recht op onderhoud jegens diezelfde ouder, is die clause strijdig met de artt. 203 en 303 B.W., die van openbare orde zijn en waarvan derhalve niet kan worden afgeweken (Dembour, P., o.c., 154-155; Pintens, W., echtscheiding door onderlinge toestemming met modellen van akten. Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 231-232, nr. 380; Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1970-1975), Personnes», *R.C.J.B.*, 1978, 381, nr. 141).

Eén andere zienswijze wordt verdedigd door F. Rigaux, die de mening toegedaan is dat één der ouders conventioneel niet rechtsgeldig kan worden ontslagen van enige bijdrage ten behoeve van de kinderen (Rigaux, F., *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, mise à jour au 1er juillet 1978, Brussel, Larcier, 1978, p. 138, nr. 258).

Die uitspraak is te ongenuanceerd. Immers, een contractueel bedongen vrijstelling van bijdrage («contributio») ten voordele van vader of moeder is slechts ongeldig, wanneer door dit beding de plicht zelf tot bijdragen («obligatio») jegens de kinderen wordt aangetast.

Na toetsing van de litigieuze overeenkomst aan de besproken beginselen, beslist het Hof van Cassatie in het arrest van 8 oktober 1982 dat de echtgenoten duidelijk tot uitdrukking hebben gebracht, enerzijds, dat de getroffen bijdrageregeling alleen maar hun onderlinge verhouding betreft en, anderzijds, dat zij niet beogen hun wettelijke verplichtingen tegenover hun kind te verminderen. Uit de gebruikte bewoordingen blijkt dat de rechten van het kind door de voorafgaande overeenkomst volkomen gevrijwaard blijven. Het beding in kwestie is derhalve niet strijdig met de bepalingen van de artt. 203 en 303 B.W.; de echtgenoten hebben evenmin art. 1288, 3°, Ger. W. geschonden.

5. Het voorafgaand akkoord dat de echtgenoten met betrekking tot het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen hebben aangegaan, is vatbaar voor wijziging.

Dit beginsel, waarborgt dat steeds in alle behoeften van de kinderen kan worden voorzien. Het heeft voorrang op het principe van de bindende kracht van de overeenkom-

sten (Rb. Luik, 23 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 251; Rigaux, F., *o.c.*, p. 148, nr. 279).

De omstandigheid dat een der ouders contractueel wordt ontslagen van het leveren van een bijdrage sluit niet uit (en mag zelfs niet uitsluiten — *supra*, nr. 4), dat die ouder naderhand toch kan worden verplicht tot betaling van onderhoudsgeld ten behoeve van zijn kind.

In de rechtspraak vindt men oplossingen betreffende de strikte voorwaarden die voor een wijziging van de conventionele bijdrageregeling in aanmerking genomen worden.

De onderhoudsbijdrage van een der ouders kan slechts worden verhoogd, wanneer vaststaat dat de andere ouder — gelet op zijn vermogen en op de bijdrage — niet in de mogelijkheid verkeert aan het kind het levensonderhoud en de opvoeding waarop het recht heeft, te verzekeren (Cass., 7 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 764; Cass., 21 maart 1975, *R.C.J.B.*, 1976, 136, noot Masson, J.-P.; Cass., 11 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 674, noot Sonck, S.; Rb. Luik, 29 april 1977, *Jur. Liège*, 1977, 274; Vred. Merksem, 21 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2674; Vred. Heist-op-den-Berg, 1 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 790).

Een auteur merkt treffend op dat die maatstaf verhindert dat de onderhoudsregeling zou kunnen worden gewijzigd om in werkelijkheid een van de ouders te bevoordelen onder voorwendsel van de bescherming van het kind (Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1970-1975), Personnes», *R.C.J.B.*, 1978, p. 380, nr. 141).

In de doctrine wordt door een aantal auteurs het bezwaar geopperd dat de beperking van de mogelijkheid om de contributio van de vader of de moeder aan te passen, ertoe zal leiden de kinderen te beroven van de voordelen die art. 303 B.W. hun waarborgt (Meulders-Klein, M.-T., noot onder Cass., 4 november 1976, *R.C.J.B.*, 1979, 495-496, nr. 44-45; Renchon, J.-L., «Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce», *Ann. Dr.*, 1976, 75, nr. 52; Rigaux, F., *o.c.*, 148-149, nrs. 281-282). Die — ongegronde — vrees berust op een verwarring van de begrippen onderhoudsschuld en onderhoudsbijdrage (Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1970-1975), Personnes», *R.C.J.B.*, 1978, p. 380, nr. 141).

Het levensniveau waarop het kind recht heeft, dient in concreto bepaald te worden en is een voor evolutie vatbaar begrip waarvan de inhoud verandert volgens, enerzijds de leeftijd en de behoeften van het kind en anderzijds de middelen van beide ouders (Vred. Heist-op-den-Berg, 1 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 790; De Ville-Schyns, F., noot onder Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 153; Renchon, J.-L. *o.c.*, 75, nr. 52).

Ingevolge de tussen de echtgenoten gesloten overeenkomst is het nochtans niet noodzakelijk de ouder wiens inkomsten gewijzigd zijn, die ook de weerslag hiervan op het onderhoudsgeld moet dragen.

Wanneer voldaan is aan het door de rechtspraak bepaald criterium voor de wijziging van de conventionele bijdrageregeling, moet worden aangenomen dat het door de ouders getroffen akkoord eventueel zelfs met terugwerkende kracht aangepast kan worden, namelijk met ingang van het tijdstip waarop het kind op grond van de voorafgaande overeenkomst niet meer alles kreeg waarop het krachtens de artt. 203 en 303 B.W. recht heeft. In enkele belangrijke beslissingen werd immers impliciet doch zeker aangenomen dat het beginsel «onderhoudsgeld laat geen achterstallen»

niet van toepassing is op de onderhoudsverplichting van ouders ten behoeve van hun minderjarige kinderen (Cass., 2 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 904; Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1266, noot Pintens, W.).

Indien overeenkomstig de conventionele bijdrageregeling een der ouders volledig voorziet in de behoeften van het kind en die ouder het kind onderhoudt en opvoedt in verhouding tot de mogelijkheden en de stand van beide ouders, moet de alimentatievordering die het — behoorlijk vertegenwoordigd — kind tegen de andere ouder zou instellen, ongegrond verklaard worden (Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1970-1975), Personnes», *R.C.J.B.*, 1978, p. 379, nr. 141, voetnoot 5. *Contra*: Renchon, J.-L. «Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce», *Ann. Dr.*, 1976, p. 75, nr. 52; Meulders-Klein, M.-T., noot onder Cass., 4 november 1976, *R.C.J.B.*, 1979, 498, nr. 48: die auteur is wel de mening toegedaan dat de ouder die ingevolge de vordering van het kind meer heeft moeten betalen dan hij krachtens de overeenkomst verschuldigd is, uit dien hoofde een verhaalrecht tegen zijn ex-echtgenoot heeft wanneer die met eigen middelen aan het kind een passend levensniveau kan verstrekken).

6. In het cassatiemiddel voerden de eisers in cassatie eveneens de schending van de artt. 1297 en 1298 Ger. W. aan. Zij verdedigden terecht het standpunt dat het Hof van Beroep te Brussel zijn wettelijke bevoegdheid te buiten was gegaan door toezicht uit te oefenen op de wijze waarop de echtgenoten in hun onderlinge verhouding de bijdrage tot de lasten van onderhoud en opvoeding van hun kind in concreto verdeeld hadden. Ingevolge de artt. 1297 en 1298 Ger. W. is de bevoegdheid van de rechtbank ertoe beperkt te controleren of tussen partijen een overeenkomst bestaat met betrekking tot alle punten bepaald in art. 1288 Ger. W.; de rechter is niet gerechtigd om de inhoud van de clausules van de voorafgaande overeenkomst te beoordelen (Baeteman, G., «Slotbeschouwingen over het Belgisch echtscheidingsrecht», in *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, Story, 1977, p. 251, nr. 365; Renchon, J.-L., noot onder Rb. Brussel, 9 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 95).

In het besproken arrest werd dit onderdeel van het middel niet beantwoord, omdat dit geen belang meer vertoonde als gevolg van de vernietiging wegens de miskenning van art. 1288, 3°, Ger. W.

7. Na verwijzing van de zaak naar het Hof van Beroep te Antwerpen sloot dit hof zich aan bij de overwegingen van het Hof van Cassatie. Bij arrest van 30 maart 1983 werd de echtscheiding door onderlinge toestemming toegestaan.

Annie Poppelemon

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 10 JANUARI 1983

Voorzitter: de h. Delva

Raadsheer-rapporteur: de h. Vervloet

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: de h. Bützler

Arbeidsovereenkomst — Bedienden — Jaarloon meer dan 250.000 fr. — Opzegging door werkgever — Vaststel-

ling van de opzeggingstermijn — Bij overeenkomst — Begrip — Dwingende bepaling — Taak van de rechter.

Krachtens art. 15, § 2, van de gecoördineerde bediendenwetten wordt de opzeggingstermijn die de werkgever in acht moet nemen wanneer het jaarloon meer dan 250.000 fr. bedraagt, vastgesteld hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter.

Bij ontstentenis van een dergelijke overeenkomst staat het alleen aan de rechter de opzeggingstermijn vast te stellen en is hij daarbij niet gebonden door een bepaling van het arbeidsreglement die de termijn vaststelt. De wettelijke regeling is dwingend voor de partijen.

C. t/ N.V. U.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Centraal in deze voorziening staat de vraag of de rechter die de opzeggingstermijn voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een hogere bediende vaststelt, gebonden is door een desbetreffende bepaling in het arbeidsreglement.

Tot staving van een ontkennend antwoord op die vraag kan ongetwijfeld het arrest van 23 februari 1972 worden ingeroepen. Want het overweegt dat een bepaling in het arbeidsreglement «geen overeenkomst tussen werkgever en werknemer is, welke de bevoegdheid van de rechter om de opzeggingstermijn vast te stellen, beperkt of uitsluit»¹.

Daartegenover staat evenwel het arrest van 15 februari 1973, dat een overeenkomst «waarin ten voordele van de bediende een hogere opzeggingstermijn voorkomt dan de termijn die door de rechter moet worden vastgesteld», geldig is². Deze beslissing leidt het Hof af uit de regel dat de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden niet dwingend zijn ten voordele van de werkgever. Als men die lijn doortrekt, kan men op goede gronden aanvoeren dat de werkgever zich ook *eenzijdig* kan verbinden om een langere opzeggingstermijn te geven en dat het arbeidsreglement die eenzijdige verbintenis tot uitdrukking zou kunnen brengen.

Dat is dan echter weer moeilijk in overeenstemming te brengen met het arrest van 19 januari 1977, volgens hetwelk de rechter, in een geval waarin de bediende opzegging geeft, niet gebonden is door de opzeggingstermijn die deze bediende eenzijdig heeft bepaald³.

Naar mijn mening moet het antwoord op de aan de orde zijnde vraag worden gezocht in de arresten van 1972 en 1977 en niet in het arrest van 1973 dat mij lijkt uit te gaan van een te absoluut geformuleerde premisse.

Sedert 1960 heeft het Hof van menige bepaling van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden — ook van artikel 15, § 2 — gezegd dat zij niet dwingend is ten voordele van

de werkgever, maar wel ten voordele van de bediende⁴. Dat wil dus zeggen dat partijen van die bepalingen mogen afwijken ten gunste van de bediende en dat de werkgever dat ook eenzijdig mag doen, maar dat hij zich niet in zijn voordeel op een afwijking mag beroepen.

De vraag is of die regel wel toepassing kan vinden op een bepaling als die van artikel 15, § 2, eerste lid. Deze stelt de opzeggingstermijn niet zelf vast, maar laat zulks over aan partijen, die de termijn bij wederzijds akkoord moeten overeenkomen op het ogenblik dat de opzegging wordt gegeven of daarna.

De bedoeling van deze bepaling wordt duidelijk toegelicht in het arrest van 8 oktober 1975:

«Overwegende dat, daar de bediende op het ogenblik dat de overeenkomst wordt gesloten en tijdens de uitvoering van die overeenkomst de opzeggingsvoorwaarden niet vrij kon bespreken, de wetgever heeft geoordeeld dat het moest worden verboden vóór de beëindiging van het contract overeenkomsten, inzake de duur van de opzeggingstermijn, te sluiten»⁵.

Met die bedoeling valt toch moeilijk het arrest van 15 februari 1973 te rijmen dat voorheen gesloten overeenkomsten niettemin geldig blijven en evenzeer de stelling, die de eisers in het eerste onderdeel van het middel vooropstellen, dat de opzeggingstermijn vooraf wel anders dan bij overeenkomst kan worden vastgesteld, bijvoorbeeld in het arbeidsreglement.

In de opzet van de wet is er maar plaats voor één mogelijkheid voor partijen om de opzeggingstermijn zelf te bepalen: door overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik van de opzegging, en dan nog met inachtneming van een minimumtermijn voor de werkgever en een maximumtermijn voor de bediende, zoals voorgeschreven in het tweede en het derde lid van artikel 15, § 2. Die wettelijke regeling is dwingend voor beide partijen: noch de werkgever noch de bediende mag zich vooraf tot inachtneming van een bepaalde termijn verbinden, zij het wederzijds of eenzijdig. En wanneer de opzegging gegeven is, mogen beide partijen alleen bij overeenkomst de termijn bepalen. Op die twee regels dult de wetgever geen enkele uitzondering of afwijking, evenmin overigens als op de voorgeschreven minimum- en maximumtermijnen. Deze laatste bepalingen zijn natuurlijk in het voordeel van de bediende uitgevaardigd. Maar dat wil daarom niet zeggen dat daarvan in zijn voordeel kan worden afgeweken. Hier is eenvoudig geen plaats voor afwijking. Want wanneer werkgever en bediende de opzeggingstermijn boven het minimum of beneden het maximum bepalen, wijken zij niet af van de wetsbepalingen, maar passen zij ze gewoon toe.

Wordt de opzeggingstermijn niet overeenkomstig de dwingende wettelijke voorschriften door partijen bepaald, dan is alleen de rechter bevoegd om de termijn vast te stellen.

Een wetsbepaling die de bevoegdheid van de rechter regelt, raakt uiteraard de openbare orde en is dus dwingend

¹ A.C., 1972, 585, met conclusie van het openbaar ministerie in J.T.T., 1972, 217.

² A.C., 1975, 601.

³ A.C., 1977, 561.

⁴ Cass., 21 okt. 1960 (*Pas.*, 1961, I, 190); 26 febr. 1970 (A.C., 1970, 599); 15 febr. 1973 (A.C., 1973, 601); 8 okt. 1975 (A.C., 1976, 166) en 5 juni 1978 (A.C., 1978, 1179).

⁵ A.C., 1976, 166.

voor iedereen. Het zou al zeer duidelijk uit de wet zelf moeten blijken dat de wetgever zou gedogen dat partijen de bevoegdheid van de rechter zouden mogen uitsluiten of zelfs beperken of dat een van beide partijen de andere zou mogen beletten op de tussenkomst van de rechter een beroep te doen. Een dergelijke afwijking of beperking valt in artikel 15, § 2, zeker niet te lezen; zij zou integendeel het ganse wettelijke systeem overhoop halen; want het zou erop neerkomen dat de opzeggingstermijn toch nog anders zou kunnen worden vastgesteld dan op de wettelijk voorgeschreven wijze.

Niet alleen het recht van beide partijen om een beroep op de rechter te doen kan niet worden beperkt. Evenmin kunnen partijen, hetzij door onderlinge afspraken, hetzij door eenzijdige handelingen of gedragingen, de rechter beïnvloeden bij de beoordeling van en de uitspraak over het hem voorgelegde geschil en kunnen zij de hem toekomende bevoegdheid beknotten.

De bevoegdheid van de rechter kent maar één grens, nl. die welke de wet zelf stelt: hij moet dezelfde minimum- of maximumtermijn eerbiedigen als die welke partijen in acht moeten nemen, wanneer zij de termijn bij overeenkomst vaststellen. Daarbuiten kan de rechter door niets of niemand worden gebonden, zeker niet door een regeling van partijen die volgens de wet ongeldig is.

Het arrest van 19 januari 1977 omschrijft de bevoegdheid van de rechter ter zake zeer duidelijk. Uitgangspunt hierbij is dat «de bepalingen van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, die betrekking hebben op de duur van de opzeggingstermijn, regels opleggen die de bescherming van beide partijen, met name werkgever en bediende, beogen». Wat niet uitsluit dat, wanneer de belangen van de werkgever met die van de bediende in botsing komen, deze laatste zwaarder zullen doorwegen, omdat het arbeidsovereenkomstenrecht nu eenmaal fundamenteel gericht is op de bescherming van de zwakste partij — de werknemer — zonder daarom echter de werkgever totaal rechteloos te maken.

Vervolgens overweegt het arrest dat de rechter enkel gebonden is door de wettelijk vastgestelde termijnen en dat hij binnen die grenzen «de duur van de opzeggingstermijn, met inachtneming van beiderzijdse belangen, soeverein vaststelt». En het Hof besluit dat «nu de rechter geoordeeld heeft dit soevereine appreciatievermogen niet te mogen uitoefenen» en nu hij de opzeggingstermijn heeft vastgesteld zoals de bediende deze oorspronkelijk had bepaald, hij artikel 15, § 2, van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden schendt.

Misschien kan het op het eerste gezicht enigszins verwondering wekken dat volgens dit arrest rekening moet worden gehouden met de belangen van beide partijen. De vraag zou kunnen worden gesteld of dat niet strijdig is met de rechtspraak van het Hof volgens welke de opzeggingstermijn moet worden vastgesteld met «de voor de bediende bestaande kans om spoedig een gelijkwaardige en passende dienstbetrekking te vinden»⁶. Aan deze rechtspraak mag evenwel niet de betekenis worden gehecht dat dit het enige

criterium is dat in aanmerking mag worden genomen om de opzeggingstermijn te bepalen, en dat de rechter zijn bevoegdheid te buiten gaat zo hij nog andere elementen in zijn oordeel betreft. In de desbetreffende rechtspraak ligt steeds de nadruk op het verbod rekening te houden met gedragingen of omstandigheden die zich na het ontslag of de opzegging hebben voorgedaan. Voor het overige is de kans om een nieuwe betrekking te vinden niet het enige maar wel het voornaamste element; zodanig zelfs dat de rechter in de regel daarmee kan volstaan.

Deze interpretatie van de rechtspraak stemt in elk geval overeen met de bedoeling van de wetgever.

Het voorschrift dat de opzeggingstermijn van de hogere bedienden bij overeenkomst of door de rechter wordt vastgesteld, werd uitgevaardigd door de wet van 11 maart 1954. Het kamerverslag merkt op dat de vaststelling van de opzeggingstermijnen een middel is om de trouw van de bedienden met vele jaren dienst te belonen⁷. Dat is dus alvast een ander criterium dan de mogelijkheid om een nieuwe baan te vinden.

Na een eerste bespreking in de Kamer stelde kamerlid Humblet het volgende amendement voor: «Wanneer de jaarlijkse bezoldiging 120.000 fr. overtreft, wordt de opzeggingstermijn, bij gebreke van overeenkomst, o.m. vastgesteld volgens het bedrag van de bezoldiging, het aantal dienstjaren en de mogelijkheden om een gelijkwaardige betrekking te vinden»⁸. Op te merken valt dat het hier geen limitatieve opsomming betreft en dat het loon en de anciënniteit als afzonderlijke criteria worden aangemerkt en niet, zoals bijvoorbeeld de arresten van 17 september 1975 het voorstellen, als elementen waarmee rekening moet worden gehouden om de kansen op een nieuwe betrekking af te wegen. Het amendement Humblet werd door de Kamer aangenomen⁹.

De senaatscommissie stelde een nieuwe tekst op, waaruit de preciseringen van het amendement Humblet wegvielen¹⁰. De reden hiervan was echter geenszins dat de commissie het met de strekking van de door de Kamer aangenomen bepaling oneens was; want de enige verantwoording in het verslag luidt: «In de loop der bespreking worden verschillende wijzigingen aangebracht aan de vorm van dit artikel»¹¹, dus niet aan de inhoud.

In de openbare vergadering van de Senaat stelde senator Custers een nieuwe regeling voor, met behoud evenwel van de regel dat de termijn voor de hogere bedienden bij overeenkomst of door de rechter wordt vastgesteld¹². Ook hierin werden de preciseringen van het amendement Humblet niet opgenomen. Uit de bespreking blijkt nochtans duidelijk dat de opvatting die aan de basis van dit laatste lag, niet werd verloochend.

Senator Custers merkte vooreerst op dat er een verband moet bestaan tussen de opzeggingstermijn en het aantal dienstjaren, «zowel ten aanzien van het eventueel vinden van een nieuwe betrekking als van de gehechtheid van de

⁷ Kamer, 1952-53, *Gedr. St.*, nr. 287, blz. 12.

⁸ *Ibid.*, nr. 449, blz. 2.

⁹ *Ibid.*, nrs. 581, blz. 7, en 759, blz. 3; *Hand.*, 28 okt. 1953, blz. 13; Senaat, 1952-53, *Gedr. St.*, nr. 517, blz. 4.

¹⁰ Senaat, 1953-54, *Gedr. St.*, nr. 192, blz. 11 en 17.

¹¹ *Ibid.*, blz. 9.

⁶ Cass., 17 sept. 1975 (*A.C.*, 1976, 82) en 8 sept. 1980 (*A.C.*, 1980-81, 16).

banden tussen de bediende en zijn werkgever». Voorts wees hij herhaaldelijk erop — en senator Troclet viel hem daarin uitdrukkelijk bij — dat de opzeggingstermijn in het belang van beide partijen moet worden vastgesteld. Zo verklaarde hij o.m. : «Mijn amendement ... behartigt zonder de minste twijfel én het belang van de werknemer én het belang van de werkgever.» Ten slotte onderstreepte hij dat de opzeggingstermijnen «bij de vrije overeenkomst» mogen worden vastgesteld «naar goedvinden van de partijen», dus hoegenaamd niet met de verplichting alleen rekening te houden met de mogelijkheid voor de bediende om een nieuwe baan te vinden¹².

De Senaat keurde het amendement Custers goed¹³. En toen het wetsontwerp opnieuw aan de kamercommissie werd overgelegd, merkte deze op: «Wat de opzeggingstermijnen voor de hoge bedienden betreft, blijft de toestand, vergeleken met hetgeen de Kamer voorzag, in feite dezelfde»¹⁵.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat voor de wetgever «de kans om spoedig een gelijkwaardige en passende dienstbetrekking te vinden» niet het enige criterium is om de opzeggingstermijn vast te stellen.

En dat stemt ook het best overeen met de rechterlijke praktijken. Ik meen niet dat de arbeidsgerechten zich uitsluitend en alleen door dat gegeven laten leiden. Ten bewijze daarvan de verschillende tabellen die door de rechtsleer worden voorgesteld; deze zijn opgemaakt aan de hand van de rechtspraak met inachtneming van verschillende beoordelingselementen die door de rechters in aanmerking worden genomen¹⁶. Moest men trouwens in de huidige conjunctuur alleen rekening houden met de mogelijkheid om een nieuwe betrekking te vinden, dan zouden de opzeggingstermijnen steeds langer moeten worden, terwijl in de praktijk de strekking eerder schijnt te zijn ze te verkorten¹⁷.

Ten slotte valt het met de principieel contractuele vaststelling van de opzeggingstermijn niet te rijmen dat alleen met de plaatsingskansen van de bediende rekening mag worden gehouden. Onder voorbehoud van het in acht nemen van een minimum- en een maximumgrens, heeft de wetgever geen beperkingen gesteld aan de contractsvrijheid van partijen. En contractsvrijheid betekent toch dat ieder van beide partijen, dus zowel de werkgever als de werknemer, mag trachten van de tegenpartij een regeling te bekomen die het best met zijn belang overeenstemt. Een overeenkomst is geen eenzijdig opdringen van de wil van één partij, maar een overeenstemming tussen beiden over een vergelijk omtrent hun wederzijdse belangen.

Om al deze redenen beantwoordt het arrest van 19 januari 1977 ongetwijfeld ten volle aan de strekking van de wettelijke regeling: de opzeggingstermijn bepalen met inachtneming van het belang van beide partijen, zoals dat reël bestaat op het ogenblik dat de opzegging wordt gegeven. Kunnen partijen daarover niet zelf tot overeenstemming komen, dan doet de rechter het in hun plaats.

Die regeling sluit onafwendbaar uit dat de rechter gebonden zou zijn door welke overeenkomst of eenzijdige verbintenis ook die te voren tot stand zou zijn gekomen en die tot gevolg kan hebben dat de actuele belangen van beide partijen of een hunner verkeerd werden beoordeeld of niet in aanmerking werden genomen.

Dit geldt ook wanneer, zoals in deze zaak, de opzeggingstermijn in het arbeidsreglement is bepaald.

In het tweede onderdeel van het middel voeren de eisers aan dat alleen zij zich op de nietigheid van het arbeidsreglement mogen beroepen, omdat artikel 15, § 2, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bedienden slechts dwingend is ten voordele van de bediende.

Aangezien de bepaling die de rechter bevoegd maakt om de opzeggingstermijn vast te stellen, absoluut dwingend is voor alle partijen, kan de gedraging van een hunner de toepassing ervan in geen geval in de weg staan.

Beide onderdelen van het middel falen naar recht.

Conclusie: *verwerping*.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1981 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 15, § 2, eerste lid, van de op 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, gewijzigd bij de wet van 21 november 1969 en bij koninklijk besluit van 6 juni 1975, 4, meer bepaald het tweede lid, van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen en 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités,

doordat, ofschoon eiser aanvoerde dat de vergoeding, die hem door verweerster verschuldigd is omdat verweerster op 31 december 1977 een einde maakte aan zijn arbeidsovereenkomst, moest worden berekend op grond van een in acht te nemen opzeggingstermijn van 43 maanden, dit ingevolge een bepaling van het arbeidsreglement dat stelt dat, indien de jaarwedde van de bediende 120.000 frank overschrijdt, de duur van de opzeggingstermijn drie maanden bedraagt per periode van vijf jaren dienst, vermeerderd met één maand per schijf van 15.000 frank, het arrest het vonnis van de eerste rechter bevestigt, de opzeggingsvergoeding berekent op grond van een opzeggingstermijn van 21 maanden en die beslissing op de volgende redenen laat steunen: «Het arbeidsreglement is geen overeenkomst en wordt door de wetgever als reglement aangemerkt. Het ter zake vigerende arbeidsreglement, goedgekeurd door de ondernemingsraad op 18 januari 1966, van kracht op 20 februari 1966, kan geenszins met een overeenkomst geassimileerd worden. De appellant steunt derhalve tevergeefs op artikel 14, c, van het vigerende arbeidsreglement om zijn vordering te staven. Immers, overeenkomstig artikel 15, § 2, van de wetten op de arbeidsovereenkomst voor bedienden, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 20 juli 1955, als gewijzigd bij artikel 44 van de wet van 21 november 1969 en bij koninklijk besluit van 6 juni 1975, worden, wanneer het jaarlijks loon 250.000 frank overschrijdt, de door de werkgever en de bediende in acht te nemen opzeggingstermijnen vastgesteld, hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter. Aangezien in het onderwerpelijke geschil

¹² *Ibid.*, nr. 214.

¹³ *Ibid.*, *Hand.*, 23 febr. 1954, blz. 827 en 828.

¹⁴ *Ibid.*, blz. 829.

¹⁵ *Kamer*, 1953-54, *Gedr. St.*, nr. 347, blz. 10.

¹⁶ Zie o.m. Th. CLAEYS, «Les délais de préavis et l'informatique», *J.T.T.*, 1974, 225, en 1976, 349.

¹⁷ Th. CLAEYS, «Des préavis de crise?», *J.T.T.*, 1981, 269.

geen overeenkomst werd gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging werd gegeven, staat het aan de rechter de na te leven opzeggingstermijn te bepalen. Artikel 14 van het in de onderneming vigerende arbeidsreglement van 18 januari 1966, waarbij een andere berekeningswijze van de in acht te nemen opzeggingstermijn wordt aangegeven, kan in casu geen rechtsgeldig effect sorteren, omdat het strijdig is met artikel 15, § 2, eerste lid, van de meer genoemde wet»,

terwijl, eerste onderdeel, deze laatste wetsbepaling slechts het geval beoogt waarin de werkgever en de werknemer een overeenkomst hebben gesloten betreffende de opzeggingstermijn, en derhalve niet van toepassing is wanneer die termijn is bepaald door het arbeidsreglement; het arbeidshof, door te beslissen dat het, niettegenstaande de vaststelling dat de opzeggingstermijn ten deze niet door een overeenkomst maar wel door een arbeidsreglement is bepaald, toch vermocht de opzeggingstermijn zelf te bepalen, enerzijds artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, gewijzigd als vermeld, schendt en anderzijds de verbindende kracht van het arbeidsreglement voor de werkgever en de werknemers miskent (schending van de artikelen 4, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 en 51 van de wet van 5 december 1968);

tweede onderdeel, de bepaling van artikel 15, § 2, eerste lid, van voormelde gecoördineerde wetten, gewijzigd door de wet van 21 november 1969 en door het koninklijk besluit van 6 juni 1975, slechts gebiedend is ten voordele van de bediende en enkel deze laatste zich kan beroepen op de nietigheid die eventueel voortvloeit uit het feit dat deze wetsbepaling niet is nageleefd; eiser ten deze die nietigheid niet heeft opgeworpen, maar integendeel zijn vordering uitdrukkelijk heeft doen steunen op de bepalingen van het arbeidsreglement; het arrest, door te weigeren het arbeidsreglement toe te passen omdat het strijdig zou zijn met artikel 15, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten, het karakter van deze wetsbepaling miskent en ze derhalve opnieuw schendt, evenals artikel 4, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 en artikel 51 van de wet van 5 december 1968:

Overwegende dat, krachtens artikel 15, § 2, van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract, de opzeggingstermijn die de werkgever in acht moet nemen wanneer de bediende meer dan 250.000 frank per jaar verdient, wordt vastgesteld hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter;

Overwegende dat, bij ontstentenis van een overeenkomst als bedoeld in die wetsbepaling, het alleen aan de rechter staat de opzeggingstermijn vast te stellen;

Dat de rechter daarbij niet gebonden is door een bepaling van het arbeidsreglement die de opzeggingstermijn heeft vastgesteld;

Overwegende dat de wettelijke regeling, neergelegd in voormeld artikel 15, § 2, dwingend is voor alle gedingvoerende partijen;

Dat het arrest derhalve, op grond van de in het middel weergegeven redenen, zonder schending van de vermelde wetsbepalingen, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel naar recht faalt;

NOOT—Zie in dit nummer het artikel van M. Rigaux en B. Mergits, «Het dwingend karakter van artikel 15, § 2, van de gecoördineerde bediendenwetten».

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 23 MAART 1983

Eerste voorzitter: de h. Legros

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Desmette

Wegverkeer — Parkeermeters — 1. Meeteenheden — IJking — 2. Verordenende bepalingen — Tot regeling van het parkeren — Tot heffing van parkeergeld — Uitvoering — Bekendmaking.

1. Bij gebreke van verordenende bepalingen houdende vaststelling van de meetkundige en technische voorwaarden die kunnen worden toegepast op de ijk van parkeermeters, zijn deze meters niet geijkt in de zin van de wet van 16 juli 1970. Die omstandigheid doet niet af aan het verbindend karakter van de aanduidingen van de parkeermeters betreffende de parkeertijd die naar gelang van de betaalde som wordt toegestaan.

2. De gemeentelijke verordeningen waarbij, met het doel het parkeren van motorrijtuigen te regelen, wordt besloten op bepaalde plaatsen van de gemeente parkeermeters aan te brengen, hoeven, na goedkeuring door de bevoegde minister, niet te worden bekendgemaakt op de door art. 102 Gemeentewet voorgeschreven wijze om verbindend te zijn voor de weggebruikers. Krachtens art. 12 Wegverkeerswet is het voldoende dat ze ter kennis zijn gebracht van de weggebruikers hetzij door personen die kentekens van hun ambt dragen en ter plaatse opgesteld zijn, hetzij door passende verkeerstekens.

De verordeningen op de parkeermeters die de invoering van parkeergeld tot doel hebben, zijn eerst verbindend wanneer ze, na de goedkeuring ervan door de bestendige deputatie van de provincieraad, worden bekendgemaakt op de door art. 102 Gemeentewet voorgeschreven wijze.

De besluiten die het college van burgemeester en schepenen neemt ter uitvoering van de door de gemeenteraad vastgestelde verordeningen op de parkeermeters en waarin het de plaatsen aanwijst waar de parkeermeters zullen worden aangebracht, hoeven niet te worden bekendgemaakt op de door art. 102 Gemeentewet voorgeschreven wijze om verbindend te zijn voor de weggebruikers.

L. en B.

Gelet op de bestreden vonnissen, op 8 april 1982 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Nijvel;

Overwegende dat de op de algemene rol onder de nrs. 2441 tot 2444 ingeschreven zaken samenhangend zijn en dat er grond bestaat tot voeging;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet, van de wet van 16 juni 1970 betreffende de meeteenheden, de meetstandaarden en de

meetwerktuigen en van het enig artikel van de wet van 22 februari 1965 waarbij aan de gemeenten wordt toegestaan parkeergeld op motorrijtuigen in te voeren,

doordat de correctionele rechtbank, om de eisers te veroordelen wegens overtreding van artikel 27.3.1 van het Wegverkeersreglement, de door de eisers aangevoerde middelen van de hand wijst op grond «dat beklaagde (thans de eisers) blijkbaar niet langer betoogt dat de wet van 16 juni 1970 betreffende de meeteenheden, de meetstandaarden en de meetwerktuigen van toepassing is»; dat de rechtbank die wet van 16 juni 1970 niet op grond van een aanschrijving van minister Claes van 18 juni 1981 heeft toegepast op de litigieuze parkeermeters,

terwijl de eisers in de bij de correctionele rechtbank ingediende hoofdconclusie uitdrukkelijk hadden verwezen naar de voordien bij de politierechtbank ingediende nota waarin de eisers hun betoog hadden toegelicht en tot het besluit waren gekomen dat de wet van 16 juni 1970 betreffende de meeteenheden, de meetstandaarden en de meetwerktuigen van toepassing was op de parkeermeters; het in een parkeermeter ingebrachte geld een heffing is ter vergoeding van een openbare dienst, hetgeen blijkt uit de door de eisers over de wet van 22 februari 1965 gemaakte studie die vervat is in de bij de politierechtbank ingediende nota; de meting die wordt uitgevoerd ter berekening van de heffingen bijgevolg, krachtens artikel 12 van de wet van 16 juni 1970, moet worden verricht met geijkte meetwerktuigen in de zin van de wet; in elk geval, als men ervan uitgaat dat het in een parkeermeter ingebrachte geld de vrijwillig betaalde prijs is voor de huur van een plaats op de openbare weg, het aanbrengen van parkeermeters voor de overheid die zulks beslist, een eigen wijze is van beheer van de goederen die ze bestuurt, en die metingen in dit geval overeenkomstig de artikelen 11 en 12 van de wet van 16 juni 1970 moeten worden uitgevoerd met geijkte meetwerktuigen nu het een meting betreft die in het economisch verkeer wordt verricht met het oog op de naleving van uit een rechtsverhouding voortvloeiende rechten en verplichtingen; de aan de eisers verweten overtreding erin bestond dat ze niet uiterlijk bij het verstrijken van de door dat toestel aangewezen beperkte parkeertijd een plaats met een parkeermeter hadden verlaten en die overtreding niet wettelijk bewezen kon worden verklaard aangezien ze gegrond was op een tijdsmeting die niet was verricht door een werktuig dat voldeed aan de wet van 16 juni 1970:

Overwegende dat de eisers veroordeeld zijn wegens de in de bewoordingen van de wet omschreven overtreding van artikel 27.3.1 van het Wegverkeersreglement, namelijk dat ze als weggebruikers of bestuurders op de openbare weg die een voertuig hadden geparkeerd op een plaats met parkeermeters waar de parkeertijd beperkt is volgens de gebruiksmodaliteiten van die toestellen, de plaats niet hebben verlaten uiterlijk bij het verstrijken van deze tijd;

Overwegende dat de eisers in de in het middel aangegeven conclusie onder het opschrift «toepasselijkheid van de wet van 16 juni 1970 betreffende de meeteenheden, de meetstandaarden en de meetwerktuigen op de parkeermeters» hebben aangegeven dat ze verwezen naar de toelichting die ze bij dat argument hadden gemaakt in hun bij de eerste rechter ingediende nota; dat die bij de politierechtbank ingediende en niet ondertekende nota in hoofdlijnen

hetzelfde betoog bevatte als het middel; dat de eisers in voormelde conclusie de rechtbank vroegen op hun conclusie in te gaan en alle beschikkingen van de beroepen vonnissen te bevestigen; dat bij die vonnissen onder meer werd beslist dat de wet van 16 juni 1970 van toepassing was op de parkeermeters; dat de appelrechter daarom moest antwoorden op dat verweer, zelfs als de eerste rechter die slechts kennis had genomen van een niet ondertekende nota die niet kon worden beschouwd als een regelmatige conclusie, niet verplicht was daarop te antwoorden;

Overwegende dat de bestreden vonnissen, na te hebben vastgesteld dat de eisers blijkbaar niet langer betogen dat de wet van 16 juni 1970 betreffende de meeteenheden, de meetstandaarden en de meetwerktuigen van toepassing is, niettemin vermelden dat, zoals blijkt uit een nota van het openbaar ministerie, minister Claes in een aanschrijving van 18 augustus 1981 heeft gezegd dat «de parkeermeters niet onderworpen zijn aan de specifieke verordening die op grond van de wet van 16 juni 1970 is vastgesteld» en dat «het ontbreken van enig voorschrift tot vaststelling van de meetkundige en de technische voorwaarden tot gevolg heeft dat de parkeermeters niet geijkt zijn in de zin van die wet»;

Dat de vonnissen met die vermelding enerzijds antwoorden op het in het middel weergegeven verweer en derhalve voldoen aan de door artikel 97 van de Grondwet voorgeschreven motiveringsverplichting, en anderzijds vaststellen dat, bij gebreke van voordenende bepalingen houdende vaststelling van de meetkundige en technische voorwaarden die kunnen worden toegepast op de ijk van parkeermeters, die meters niet geijkt zijn in de zin van de wet van 16 juni 1970; dat die vonnissen impliciet doch onmiskenbaar beslissen, zonder daarbij de in het middel aangegeven wettelijke bepalingen te schenden, dat die omstandigheid niet afdoet aan het verbindend karakter van de aanduidingen van de parkeermeters betreffende de parkeertijd die naar gelang van de betaalde som is toegestaan;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede, derde en vierde middel samen, het tweede afgeleid uit de schending van artikel 90, 1°, van de Gemeentewet van 30 maart 1936,

doordat de correctionele rechtbank de eisers veroordeelt wegens overtreding van artikel 27.3.1 van het Wegverkeersreglement, op grond dat de beslissing waarbij het aantal en de plaats van de parkeermeters wordt vastgesteld, regelmatig is genomen door het college van burgemeester en schepenen van de stad Nijvel ter uitvoering van artikel 90, 1°, van de Gemeentewet van 30 maart 1836,

terwijl uit het aan de correctionele rechtbank voorgelegde dossier bleek dat die beslissing is genomen door de gemeenteraad, en de rechtbank trouwens beslist dat het de door de gemeenteraad op 27 april 1979 genomen beslissing is die met toepassing van artikel 102 van de Gemeentewet moest worden bekendgemaakt;

het derde afgeleid uit de schending van artikel 102 van de Gemeentewet van 30 maart 1836,

doordat de correctionele rechtbank oordeelt dat slechts de beslissing van de gemeenteraad van 27 april 1979 en niet de door het schepencollege genomen besluiten van 18 juni 1979 en 4 februari 1980 moest worden bekendgemaakt,

terwijl het besluit van de gemeenteraad van 27 april 1979 geen aanwijzing daaromtrent bevat; het college van burge-

meester en schepenen (op 24 april 1980) verschillende wijzigingen aanbracht in dat besluit, wat het aantal en de plaats van de parkeermeters betreft, en die wijzigingen dienden te worden bekendgemaakt;

het vierde afgeleid uit de schending van de artikelen 7, 9, 97, 107 van de Grondwet en 6, lid 2, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden,

doordat de correctionele rechtbank beslist dat het door de gemeenteraad van de stad Nijvel op 27 april 1979 vastgestelde verordening op de invoering van een parkeerheffing moet worden toegepast op grond «dat niet is aangetoond noch aangevoerd dat die bekendmaking (van de desbetreffende verordening) niet regelmatig is geschied; ... dat er geen enkele reden is om te veronderstellen dat de gemeenteverordening van 27 april 1979 betreffende de invoering van parkeergeld niet van kracht was op de dag van de feiten»,

terwijl de rechtbank vooraf diende na te gaan of de voorwaarden voor de toepassing van de wet vervuld waren; de rechtbank, ten einde te kunnen beslissen of de bestaansvoorwaarden van het misdrijf wettelijk vervuld waren, diende na te gaan of de bekendmaking die het tijdstip bepaalt waarop de verordening verbindend wordt binnen de door artikel 102 van de Gemeentewet voorgeschreven termijn, werkelijk was geschied:

Overwegende dat de gemeenteraden, wanneer zij verordeningen inzake het parkeren vaststellen overeenkomstig de wetgeving en de reglementen op de verkeerspolitie, krachtens het enig artikel van de wet van 22 februari 1965 bevoegd zijn om parkeergeld op de motorrijtuigen te heffen; dat de inning van dat parkeergeld kan geschieden door middel van zogenaamde «parkeermeters» die blijkens de omschrijving die hiervan gegeven wordt in artikel 2.29 van het Wegverkeersreglement van 1 december 1975, gewijzigd bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 8 juni 1979, toestellen zijn die ten behoeve van een parkeerplaats of van een geheel van parkeerplaatsen opgesteld zijn en die bestemd zijn om de parkeertijd aan te duiden die naar gelang van de betaalde som is toegestaan;

Overwegende dat in de door de gemeenteraad vastgestelde verordeningen op de parkeermeters, zowel wat betreft de bekendmaking die een voorwaarde is voor hun verbindende kracht, als wat betreft het bestuurlijk toezicht, onderscheid moet worden gemaakt tussen de verordeningen die tot doel hebben het parkeren van de motorrijtuigen te regelen, en de verordeningen die tot doel hebben parkeergeld voor die voertuigen in te voeren;

Overwegende dat de verordeningen waarbij, met het doel het parkeren van motorrijtuigen te regelen, wordt beslist om op bepaalde plaatsen van de gemeente parkeermeters aan te brengen, na de goedkeuring door de bevoegde minister, niet hoeven te worden bekendgemaakt op de door artikel 102 van de Gemeentewet voorgeschreven wijze om verbindend te zijn voor de weggebruikers; dat het krachtens artikel 12 van de Wegverkeerswet voldoende is dat ze ter kennis zijn gebracht van de weggebruikers hetzij door personen die de kentekens van hun ambt dragen en ter plaatse opgesteld zijn, hetzij door passende verkeerstekens; dat met toepassing van die wetsbepaling, artikel 5 van het Wegverkeersreglement bepaalt dat de weggebruikers de verkeersborden in acht moeten nemen wanneer deze regelma-

tig zijn naar de vorm, voldoende zichtbaar zijn en overeenkomstig de voorschriften van dat reglement zijn aangebracht; dat artikel 27.3.1 van dat reglement, in zoverre het bepaalt dat op de plaatsen met parkeermeters de parkeertijd beperkt is volgens de gebruiksmodaliteiten ervan en dat het voertuig uiterlijk bij het verstrijken van deze tijd de parkeerplaats moet hebben verlaten, impliciet doch onmiskenbaar de parkeermeters gelijkstelt met verkeersborden; dat artikel 11.7 van het ministerieel besluit van 11 oktober 1976 waarbij de minimumafmetingen en de bijzondere plaatsingsvoorwaarden van de verkeerstekens worden bepaald, uitdrukkelijk bepaalt dat de parkeermeters gelijkstaan met verkeersborden en dat zij uit zichzelf verbindend zijn;

Overwegende dat de door de gemeenteraad vastgestelde verordeningen op de parkeermeters die de invoering van parkeergeld tot doel hebben, eerst verbindend kunnen zijn wanneer ze, na de goedkeuring ervan door de bestendige deputatie van de provincieraad, worden bekendgemaakt op de door artikel 102 van de Gemeentewet voorgeschreven wijze;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen bevoegd is voor de uitvoering van de door de gemeenteraad vastgestelde verordeningen op de parkeermeters; dat de besluiten die het college neemt ter uitvoering van die bepalingen en waarin het de plaatsen aanwijst waar de parkeermeters zullen worden aangebracht, niet hoeven te worden bekendgemaakt op de door artikel 102 van de Gemeentewet voorgeschreven wijze om verbindend te zijn voor de weggebruikers;

Overwegende dat de gemeenteraad van de stad Nijvel op 26 oktober 1978 een aanvullende verordening heeft vastgesteld op de politie van het wegverkeer waarin werd beslist parkeermeters te plaatsen in sommige straten van de stad, en op 27 april 1979 een verordening heeft vastgesteld waarbij parkeergeld werd ingevoerd; dat die verordeningen zijn goedgekeurd door de bevoegde toeziende overheid; dat de op 18 juni 1979 en 4 april 1980 genomen besluiten van het schepencollege van Nijvel administratieve rechtshandelingen zijn die strekken tot de uitvoering van die verordeningen en die de plaatsen aanwijzen waarop de parkeermeters zullen worden aangebracht;

Overwegende dat de vonnissen, door te beslissen dat het college van burgemeester en schepenen van Nijvel in voormelde besluiten het aantal en de plaats van de parkeermeters heeft vastgesteld, en dat die besluiten niet hoeften te worden bekendgemaakt, de in de middelen aangegeven wettelijke bepalingen niet schenden;

Overwegende voor het overige dat de vonnissen vaststellen dat niet wordt aangevoerd dat de gemeenteverordening van 27 april 1979 niet regelmatig was bekendgemaakt; dat de rechtbank bij ontstentenis van een conclusie van de eisers dienaangaande, niet verplicht was hierop dieper in te gaan;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;
(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 24 MEI 1983

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Suetens (rapporteur)

Auditeur: de h. Verhulst

Advocaten: mrs. Vandezande, de Bruyn en Hellenbosch

Openbare ambtenaren — Benoeming — Intrekking — Art. 168, 1°, K.B. 22 maart 1969 — Beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutieve administratieve beschikking gevestigde concrete individuele situatie — Begrip «werkelijke diensten».

Art. 168, 1°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969, houdende het statuut van het personeel van het rijks-onderwijs, naar luid waarvan vast benoemde personeelsleden te allen tijde kunnen worden ontslagen indien zij niet regelmatig benoemd zijn, is in zijn absolute termen niet bestaanbaar met het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutieve administratieve beschikking gevestigde concrete individuele situatie, zoals dit door de organieke wet op de Raad van State — thans de gecoördineerde wetten — werd erkend.

De bepaling van voorbedoeld art. 168, 1°, heeft derhalve geen wettige grondslag.

De intrekking van een benoeming is evenwel mogelijk indien tegen het benoemingsbesluit een ontvankelijk annulatieberoep is ingesteld, maar slechts binnen de grenzen van de uitvoering van het mogelijk annulatiearrest dat op dat beroep zou kunnen worden uitgesproken, hetzij op grond van een of meer van de deugdelijk te achten rechtmatigheidsbezwaren welke de verzoeker ontvankelijk voor de Raad van State heeft doen gelden, hetzij op grond van de overtreding van een regel van openbare orde.

«Werkelijke diensten» (art. 66, § 1, K.B. 2 oktober 1937; art. 107, 2°, K.B. 22 maart 1969) zijn de diensten die effectief zijn gepresteerd in het ambt waarin de betrokkene is benoemd.

Arrest nr. 23. 281

T. t/ Minister van Onderwijs

Gezien een eerste verzoekschrift dat Nora T. op 6 mei 1981 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de haar bij aangetekend schrijven van 31 maart 1981 ter kennis gebrachte beslissing van de minister van Nationale Opvoeding, waarbij deze a) verzoekster ambtshalve en zonder vooropzeg ontslaat uit de betrekking van inspectrice van het kleuteronderwijs «op basis van artikel 168, 1°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969»; b) verzoekster «krachtens haar benoemingsbesluit van 7 mei 1965» de betrekking toewijst van kleuterleidster aan de R.B.S. Machelen;

Gezien een tweede verzoekschrift dat Nora T. op 2 juni 1981 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van: a) de reeds bij het eerste verzoekschrift bestreden beslissing van 31 maart 1981 van de minister van Nationale Opvoeding; b) de beslissing van 6 april 1981 van de minister van Nationale Opvoeding houdende voorlopige aanstelling van

Marie-Thérèse V. tot inspectrice van het kleuteronderwijs, ter vervanging van Nora T.;

Gezien een derde verzoekschrift dat Nora T. op 22 oktober 1981 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 29 juni 1981, ter kennis gebracht van verzoekster bij aangetekend schrijven van 24 augustus 1981, waarbij verzoekster met ingang van 21 april 1981 ambtshalve en zonder vooropzeg ontslagen wordt uit haar ambt van vastbenoemde inspectrice van het kleuteronderwijs;

Over de gegevens van de zaken

1. Overwegende dat de gegevens die tot deze zaken hebben geleid, zich hebben voorgedaan als volgt:

1.1. Verzoekster behaalde het diploma bewaarschoolonderwijzeres op 23 juni 1956 en een getuigschrift van bijwoning van de in de omzendbrief van 31 maart 1959 vermelde leergangen tot inwijding in de didactiek van de eerste graad van het lager onderwijs dat de houder ervan de mogelijkheid biedt op wettige wijze een betrekking in die eerste graad van het lager onderwijs uit te oefenen, op 3 juli 1959.

1.2. Verzoekster werd bij koninklijk besluit van 7 mei 1965 vast benoemd in het ambt van kleuteronderwijzeres en geaffecteerd aan de rijkslagere school te Machelen, waar zij reeds sinds het begin van het schooljaar 1962-1963 werkzaam was.

1.3. In de opgave van de ambtsbevoegdheden van het personeel van de rijkslagere school te Machelen, jaarlijks «naar waarheid» opgemaakt door het schoolhoofd, staat verzoekster sinds het schooljaar 1962-1963 tot het schooljaar '76-'77 vermeld bij het bewaarschoolpersoneel.

Uit diverse documenten blijkt evenwel — en zulks wordt niet betwist — dat verzoekster sinds de oprichting van de R.L.S. te Machelen in 1962, door de schooldirectie werd aangewezen — op wettige wijze, krachtens het onder punt 1.1 vermelde bijkomend getuigschrift — als klastitularis van het eerste leerjaar van het lager onderwijs, in een klas die telkens opgericht werd buiten het toegestane personeelskader.

1.4. Het Bestuur van het Personeel richtte op 14 december 1977 (B.P. nr. 28/77) een oproep tot de kandidaten voor de bekwaamheidsexamens voor het ambt van inspectrice van het rijkskleuteronderwijs. Nora T. schreef op 13 januari 1978 voor dit examen in.

De Commissie voor de bekwaamheidsexamens, ingesteld met toepassing van het koninklijk besluit van 31 juli 1969 tot vaststelling van de ambten waarvan de personeelsleden van het rijksonderwijs titularis moeten zijn om benoemd te kunnen worden in een ambt van de inspectiedienst belast met het toezicht op de rijksonderwijsinrichtingen en op de internaten die van deze inrichtingen afhangen, kende op 12 mei 1978 aan Nora T. het bekwaamheidsbewijs voor het ambt van inspectrice van het rijkskleuteronderwijs toe.

1.5. Bij omzendbrief van 14 juni 1978 (B.P. nr. 16/78) werden vier betrekkingen van inspectrice rijkskleuteronderwijs vacant verklaard.

Op 16 juni 1978 diende Nora T. een aanvraag in voor benoeming in het bevorderingsambt van inspectrice van het rijkskleuteronderwijs.

Uit het verslag van 2 oktober 1978 van de bevorderingscommissie — ingesteld met toepassing van het koninklijk besluit van 31 juli 1969 tot vaststelling van de bevorderingscommissies bedoeld in het koninklijk besluit van 22 maart

1969 tot vaststelling van het statuut van het personeel van het rijksonderwijs —, die belast was met het voordragen van de lijst van kandidaten voor de vier te begeven betrekkingen, blijkt dat Nora T. als vijfde werd gerangschikt voor een van de te begeven betrekkingen.

1.6. Bij koninklijk besluit van 20 oktober 1978 werd verzoekster met ingang van 4 oktober 1978 vast benoemd tot inspectrice van het kleuteronderwijs.

Dit benoemingsbesluit werd met een annulatieberoep voor de Raad van State aangevochten door Monique C., Marie-Thérèse V. en Erna Van H.

In deze zaken werd door het auditoraat nog geen verslag opgemaakt.

1.7. Op 31 maart 1981 — d.i. de dag zelf waarop de toenmalige regering haar ontslag aanbood — deelt de minister van Nationale Opvoeding aan verzoekster mede dat hij beslist heeft haar «met ingang van de datum van ontvangst van onderhavig schrijven ambtshalve en zonder vooropzeg te ontslaan uit de betrekking van inspectrice van het kleuteronderwijs op basis van artikel 168, 1°, van voormeld K.B. van 22 maart 1969» en haar «krachtens (haar) benoemingsbesluit van 7 mei 1965, met ingang van de datum van ontvangst van dit schrijven, de betrekking toe te wijzen van kleuterleidster aan de R.B.S. Machelen».

In die brief stelt de minister dat verzoekster niet zou voldoen aan de voorwaarden vervat in artikel 101, 5°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 houdende statuut van de personeelsleden van het rijksonderwijs (bedoeld wordt art. 106, 5°, van vermeld besluit). Hij specificeert: «U bezit inderdaad niet de vereiste zes jaar ambtsanciënniteit in het ambt van kleuteronderwijzeres om toelating te krijgen tot het ambt van inspectrice van het kleuteronderwijs en U werd dan ook ten onrechte gerangschikt door de desbetreffende bevorderingscommissie».

1.8. Op 6 april 1981¹ beslist de minister van Nationale Opvoeding Marie-Thérèse V. met ingang van 21 april 1981 voorlopig aan te stellen als inspectrice kleuteronderwijs, «ter vervanging van Nora T., ambtshalve ontslagen».

Deze beslissing wordt omgezet in een formeel ministerieel besluit op 9 juli 1981.

1.9. Het koninklijk besluit van 29 juni 1981 geeft definitieve vorm aan de ministeriële beslissing van 31 maart 1981: verzoekster wordt met ingang van 21 april 1981 ambtshalve en zonder vooropzeg ontslagen uit haar ambt van vastbenoemde inspectrice van het kleuteronderwijs.

Dit besluit werd aan verzoekster slechts betekend op 24 augustus 1981.

1.10. Inmiddels werd verzoekster bij ministeriële beslissing van 15 mei 1981, tijdelijk aangesteld als inspectrice kleuteronderwijs en belast met een bijzondere opdracht.

(...)

Ten aanzien van de deugdelijkheid van de beroepen

3. Overwegende dat de bestreden beslissingen t.a.v. verzoekster werden genomen met toepassing van artikel 168, 1°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 tot vaststelling van het statuut van de leden van het bestuurs- en onderwijzend personeel, van het opvoedend hulp personeel, van het paramedisch personeel der inrichtingen voor kleuter-, lager, buitengewoon, middelbaar, technisch, kunst-, en normaalonderwijs van de Staat, alsmede der internaten die van deze inrichtingen afhangen en van de leden van de inspectiedienst die belast is met het toezicht op deze inrich-

tingen, dat bepaalt: «De tijdelijke aangestelden, de stagiairs en de vastbenoemde personeelsleden worden ambtshalve en zonder vooropzegging uit hun ambt ontslagen: 1° indien zij niet regelmatig aangesteld, tot de stage toegelaten of vast benoemd werden»;

4. Overwegende dat de bepaling van voornoemd artikel 168, 1°, geen wettige grondslag biedt voor de bestreden beslissingen, zoals blijkt uit het volgende:

4.1. Het recht strekt ertoe om met betrekking tot te beschermen waarden en belangen zekerheid en vastheid aan het maatschappelijk verkeer te geven.

De zekerheid en vastheid in het maatschappelijk verkeer — en dus ook in het rechtsverkeer — vereisen dat gevestigde particuliere situaties stabiel blijven.

De eis van de stabiliteit van die situaties en rechtsverhoudingen geldt inzonderheid bijzonder sterk in de publiekrechtelijke sfeer in verband met de verhoudingen tussen de overheid en de particulieren, wat o.m. meebrengt dat de rechtmatigheid van die particuliere situaties — d.w.z. de vraag of die situaties overeenkomstig het recht tot stand zijn gekomen en zijn behouden — niet onbeperkt in de tijd mag worden betwist, zulks om te voorkomen dat in het rechtsverkeer een verlamme, permanente onzekerheid zou ontstaan betreffende de juiste situaties van de in het rechtsverkeer optredende personen en betreffende de op die situaties gevestigde rechtsverhoudingen.

4.2. Het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutionele administratieve beschikking gevestigde concrete situaties en van de daaruit voortgekomen rechtsverhoudingen werkt ook ten aanzien van de overheid die, indien ze een constitutionele beslissing heeft genomen waarbij ze aan een bepaalde persoon in diens belang — of mede in diens belang — een als definitief bedoeld voordeel verleent, het niet meer vermag, wanneer ze eenmaal die beslissing heeft vrijgegeven, om die in te trekken of retroactief te wijzigen, behoudens de uitzonderlijke gevallen dat een wetsvoorschrift die intrekking of die soort wijziging mogelijk maakt, dat de beslissing door de begunstigde door bedrog werd bekomen of dat, wat zich op het eerste gezicht als een beslissing aandient, in werkelijkheid in rechte totaal onbestaanbaar blijkt te zijn.

4.3. Een oorzaak van onzekerheid betreffende het definitief verkregen zijn van een uit een administratieve beschikking voortgekomen situatie is evenwel het indienen van een annulatieberoep tegen die beschikking. Die onzekerheid brengt mee dat de overheid bevoegd wordt gedurende de termijn voor het instellen van een annulatieberoep, alsmede gedurende de tijd dat een annulatieberoep tegen die beslissing hangende is voor de Raad van State, om die beschikking in te trekken.

4.4. De wetgever heeft, door in artikel 19 van de bij koninklijk besluit van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State te bepalen dat beroep bij de afdeling administratie wordt ingesteld «binnen de termijn door de Koning bepaald», de Koning tot het vaststellen van die termijn verplicht «ten einde een beperking ... te stellen aan het recht dat de wet de onderhorigen verleent om voor de Raad van State ... vorderingen in te stellen die de werking van de openbare diensten kunnen hinderen» (verslag aan de Regent bij het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State). Artikel 4 van het besluit van de

Regent van 23 augustus 1948 stelt dat de in artikel 9 van de wet (artikel 14 van de gecoördineerde wetten) bedoelde beroepen verjaard zijn 60 dagen nadat, naar gelang van het geval, de handeling bekendgemaakt, betekend of ter kennis gekomen is. De wetgever heeft, toen hij het mogelijk maakte binnen die termijn bij de Raad van State in beroep te komen tegen individuele handelingen, noodzakelijk toegestaan dat de administratieve overheid binnen dezelfde termijn haar beslissing opnieuw onderzoekt en dus ook een beslissing die, zou zij onregelmatig zijn, vernietigd zou kunnen worden, intrekt. Die bevoegdheid tot intrekken blijft bestaan gedurende de tijd dat het annulatieberoep hangende is voor de Raad van State.

4.5. Die bevoegdheid tot intrekken reikt uiteraard echter, gelet op de grondslag ervan, maar zover als het annulatieberoep onzekerheid heeft doen ontstaan, wat betekent, ten eerste, dat intrekking maar mogelijk is indien het annulatieberoep ontvankelijk werd ingesteld en, ten tweede, dat ze enkel kan gebeuren binnen de grenzen van de uitvoering van het mogelijk annulatiearrest dat op dat beroep zou kunnen worden uitgesproken, hetzij op grond van een of meer van de deugdelijk te achten rechtmatigheidsbezwaren welke de verzoeker ontvankelijk voor de Raad van State heeft doen gelden, hetzij op grond van de overtreding van een regel van openbare orde. Het verstrijken van de termijn om tegen een als hiervoor bedoelde beslissing een annulatieberoep in te stellen zonder dat in werkelijkheid een dergelijk beroep aanhangig is gemaakt, is het declaratief feit dat de onzekerheid betreffende de onaantastbaarheid van de beslissing wegneemt, zodat na dat declaratief feit die beslissing ten aanzien van de overheid definitief is, met inbegrip van de rechtsverhoudingen welke uit die beslissing zijn voortgekomen.

4.6. Het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutionele administratieve beschikking gevestigde concrete individuele situaties en van de daaruit voortgekomen rechtsverhoudingen verbiedt — behalve in de onder punten 4.2 tot 4.5 aangeduide gevallen — niet alleen dat de overheid een dergelijke administratieve beschikking met retroactieve werking zou intrekken, maar verbiedt ook dat die overheid de weliswaar zachtere maatregel van opheffing — die enkel voor de toekomst uitwerking heeft — van die administratieve beschikking zou nemen op grond van een rechtmatigheidsbezwaar, d.i. een bezwaar gebaseerd op de vraag of de gevestigde concrete individuele situatie overeenkomstig het recht tot stand is gekomen. Een dergelijke maatregel behelst immers eveneens een aantasting van een onaantastbaar geworden individuele situatie.

4.7. Voornoemd artikel 168, 1°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 is derhalve in zijn absolute termen niet bestaanbaar met het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutionele administratieve beschikking gevestigde concrete individuele situatie, zoals dit door de organieke wet op de Raad van State — thans de gecoördineerde wetten — werd erkend.

De bepaling van voornoemd artikel 168, 1°, heeft derhalve geen wettige grondslag; zij moet, krachtens artikel 107 van de Grondwet, buiten toepassing blijven, in de mate dat die bepaling verder reikt dan wat onder de punten 4.2 tot 4.5 als mogelijk is aangeduid.

5. Overwegende dat, indien het voorafgaande betrokken

wordt op de huidige zaak, de benoeming van Nora T. tot inspectrice van het rijkskleuteronderwijs niet ongedaan kon worden gemaakt met toepassing van vermeld artikel 168, 1°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969; dat evenwel, zoals onder punt 1.6 is vermeld, tegen die benoeming drie annulatieberoepen zijn ingesteld; dat derhalve de benoeming van verzoekster kon worden ingetrokken op grond van de rechtmatigheidsbezwaren die in die beroepen werden aangevoerd; dat evenzeer de zachtere maatregel van wijziging, in casu een opheffing die enkel voor de toekomst uitwerking heeft, kon worden genomen, steeds op grond van bedoelde rechtmatigheidsbezwaren; dat in de drie bedoelde annulatieberoepen als rechtmatigheidsbezwaar wordt aangevoerd dat verzoekster niet voldeed aan het vereiste van ambtsanciënniteit, vervat in artikel 106, 5°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 houdende het statuut van het personeel van het rijksonderwijs; dat het ontslagbesluit van verzoekster op die grond steunt; dat het derhalve vereist is na te gaan of de overheid een juiste toepassing heeft gemaakt van bedoeld artikel 106, 5°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969;

6. Overwegende dat verzoekster o.m. als middel aanvoert dat de bestreden ministeriële beslissing van 31 maart 1981, die definitieve vorm heeft gekregen in het koninklijk besluit van 29 juni 1981, niet wordt gedragen door de motieven; dat zij in dit verband betoogt dat het besluit houdende haar ambtshalve ontslag werd genomen omdat zij niet zou voldoen aan de voorwaarden van artikel 106, 5°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 — d.i. «ten minste zes jaar ambtsanciënniteit» — en derhalve ten onrechte bevorderd zou zijn tot inspectrice van het kleuteronderwijs, terwijl zij wel degelijk meer dan zes jaar ambtsanciënniteit heeft als kleuteronderwijzeres;

7. Overwegende dat de toepasselijke reglementering vervat ligt in volgende bepalingen:

a) Artikel 106 van bovenvermeld koninklijk besluit van 22 maart 1969 luidt als volgt: «Niemand kan worden benoemd in het ambt van inspecteur, indien hij niet voldoet aan de onderstaande voorwaarden: 1° in het rijksonderwijs, vast titularis zijn van één der door Ons bepaalde ambten; (...) 4° ten minste tien jaar dienstanciënniteit tellen; 5° ten minste zes jaar ambtsanciënniteit tellen; ...»

b) Art. 107, 2°, eerste lid, van bovenvermeld koninklijk besluit van 22 maart 1969 luidt als volgt: «2° Voor het berekenen van de in artikel 106, 5°, bedoelde ambtsanciënniteit, komen enkel de werkelijke diensten in aanmerking die door het personeelslid, in welke hoedanigheid ook, in het rijksonderwijs gepresteerd werden, in het ambt of de ambten bedoeld bij artikel 106, 1°.»

c) Naar luid van artikel 1 van het koninklijk besluit van 31 juli 1969 tot vaststelling van de ambten waarvan de personeelsleden van het rijksonderwijs titularis moeten zijn om benoemd te kunnen worden in een ambt van de inspectiedienst, is voor de benoeming tot inspectrice van het kleuteronderwijs vereist dat het personeelslid titularis is van een wervings-, selectie- of bevorderingsambt in het kleuteronderwijs.

8. Overwegende dat het middel gegrond is, zoals blijkt uit het volgende:

8.1. Krachtens de hierboven vermelde artikelen 106, 5°, en 107, 2°, van het koninklijk besluit van 22 maart 1969, gelezen in combinatie met artikel 1 van het koninklijk be-

sluit van 31 juli 1969, is het voor een benoeming tot inspectrice kleuteronderwijs vereist zes jaar ambtsanciënniteit te hebben in het ambt van kleuteronderwijzeres, m.a.w. is zes jaar «werkelijke diensten» vereist in het ambt van kleuteronderwijzeres.

8.2. Het koninklijk besluit van 22 maart 1969 bevat geen definitie van wat onder «werkelijke diensten» moet worden verstaan.

8.3. In het normale spraakgebruik moeten de termen «werkelijke diensten» — de Franse termen «services effectifs», d.i. effectief gepresteerde diensten, lijken nauwkeuriger — worden begrepen als diensten die effectief werden gepresteerd in het ambt waarin de betrokkene werd benoemd.

8.4. Deze omschrijving vindt bevestiging in artikel 66, § 1, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijksperoneel — statuut waarin ook meermaals sprake is van werkelijke diensten met betrekking tot de berekening van anciënniteit — waarin wordt bepaald: «De ambtenaar wordt geacht werkelijke diensten te verrichten, zolang hij zich bevindt in een administratieve toestand op grond waarvan hij, krachtens zijn statuut, zijn activiteitswedde of bij gemis daarvan, zijn aanspraak op bevordering tot een hogere wedde behoudt».

8.5. Gelet op de normale betekenis van de termen «werkelijke diensten», alsmede op de bevestiging van die betekenis in de definitie van artikel 66, § 1, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijksperoneel — welk statuut voor ogen heeft gestaan bij het opstellen van het statuut van het personeel van het rijksonderwijs —, en bij gebreke van andersluidende bepaling in de rechtspositieregeling van het personeel van het rijksonderwijs, moet worden aanvaard dat aan het begrip «werkelijke diensten» i.v.m. het statuut van het personeel van het rijksonderwijs, dezelfde betekenis moet worden gegeven als die welke wordt aangeduid in artikel 66, § 1, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937.

8.6. In het voorliggend geval blijkt uit het administratief dossier dat verzoekster bij koninklijk besluit van 7 mei 1965 vast benoemd werd in het ambt van kleuteronderwijzeres en dat zij bij haar benoeming tot inspectrice kleuteronderwijs beschouwd werd als titularis van het ambt van kleuteronderwijzeres in het rijksonderwijs. Met het oog op een eventuele bevordering tot inspectrice werd haar ambtsanciënniteit als kleuteronderwijzeres op 30 juni 1978 vastgesteld op 15 jaar en 10 maanden door het bestuur van het personeel van het Ministerie van Nationale Opvoeding.

Uit het administratief dossier blijkt evenwel ook dat verzoekster in werkelijkheid sinds 1962 ononderbroken les gegeven heeft in de eerste graad van de lagere school te Machelen, klas die opgericht was buiten het toegestane personeelskader.

Het wordt dus niet betwist dat verzoekster vijftien jaar en tien maand nuttige ervaring heeft opgedaan, bekleed met het ambt van kleuteronderwijzeres en als dusdanig bezoldigd — juridische situatie —, maar werkzaam in het lager onderwijs — feitelijke situatie.

8.7. Bij een behoorlijk functioneren van het bestuur zal de juridische situatie van een leerkracht overeenstemmen met de feitelijke situatie.

Wanneer evenwel door het optreden van het bestuur zelf, de feitelijke situatie verschilt van de juridische situatie, is

het deze laatste die moet prevaleren.

8.8. Verzoekster voldoet wel degelijk aan de voorwaarde van «ten minste zes jaar ambtsanciënniteit», die door artikel 106, 5°, van het koninklijk besluit van 29 maart wordt opgelegd, aangezien zij ten tijde van haar benoeming tot inspectrice voor het rijkskleuteronderwijs, 15 jaar en 10 maanden werkelijke, d.i. effectief gepresteerde, diensten in het ambt van kleuteronderwijzeres telde.

8.9. De bestreden ministeriële beslissing van 31 maart 1981, in zover daarbij verzoekster ambtshalve en zonder vooropzeg wordt ontslagen uit het ambt van inspectrice voor het rijkskleuteronderwijs, en het koninklijk besluit van 29 juni 1981, dat hieraan definitieve vorm heeft gegeven, missen derhalve de rechtens vereiste feitelijke grondslag.

9. Overwegende dat de ministeriële beslissing van 31 maart 1981, in zover zij aan verzoekster de betrekking toewijst van kleuterleidster aan de R.B.S. te Machelen, en de ministeriële beslissing van 6 april 1981, waarbij Marie-Thérèse V. voorlopig wordt aangesteld tot inspectrice van het kleuteronderwijs «ter vervanging van Nora T.», alsmede het ministerieel besluit van 9 juli 1981, dat aan die voorlopige aanstelling van Marie-Thérèse V. definitieve vorm heeft gegeven, het directe gevolg zijn van de bestreden beslissingen houdende het ambtshalve ontslag, zonder vooropzeg, van verzoekster; dat derhalve ook die beslissingen niet steunen op de rechtens vereiste feitelijke grondslag, (Volgt vernietiging)

NOOT — *De grenzen van de intrekking van administratieve rechtshandelingen*

In het administratief recht heeft de jurisprudentiële rechtsfiguur van de intrekking aanleiding gegeven tot een uitvoerige rechtspraak.

1. De intrekking is de impliciete of uitdrukkelijke rechtshandeling waarbij een administratieve overheid de beslissing die zij heeft genomen, ab initio tenietdoet. Bij de mogelijkheid tot intrekking moet rekening gehouden worden met de vraag of de oorspronkelijke administratieve rechtshandeling rechten toekent of niet en of die administratieve rechtshandeling al dan niet regelmatig is (zie A. Mast, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1981, 463-465).

2. Bepalend voor de mogelijkheid van intrekking van onregelmatige administratieve rechtshandelingen die rechten toekennen, is de termijn van 60 dagen.

Voor de overheid zelf loopt die termijn zodra de administratieve rechtshandeling door haar tot stand is gebracht.

Wanneer de betrokkene of een derde belanghebbende een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State instelt, verschuift die datum omdat, op voorwaarde dat het beroep op ontvankelijke wijze is ingesteld, de administratieve rechtshandeling geen definitief karakter krijgt zolang de procedure voor de Raad van State loopt.

Sinds geruime tijd staat vast dat, als de Raad van State een met machtoverschrijding verrichte administratieve rechtshandeling niet kan vernietigen wanneer die handeling hem na het verstrijken van de vastgestelde termijn ter toetsing wordt voorgelegd, het a fortiori niet staat aan de administratieve overheid, zelfs wegens machtoverschrijding,

een administratieve handeling die rechten heeft doen ontstaan in te trekken nadat de voor het instellen van het beroep bij de Raad van State bepaalde termijn (doorgaans 60 dagen) eenmaal verstreken is, behalve:

— wanneer de handeling door zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden (R.v.St. De Bondt, nr. 21.024, 13 maart 1981);

— wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt (R.v.St. Van Rie, nr. 679, 8 januari 1951);

— of wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling die intrekking toelaat (R.v.St. Van der Veken, nr. 20.364, 27 mei 1980 en R.v.St. Benoit, nr. 22.934, 11 februari 1983).

3. In het arrest Leuridan, nr. 20.179 van 11 maart 1980, R.W., 1980-81, 1921, heeft de Raad van State een oplossing verstrekt voor de vraag wanneer de termijn van 60 dagen begint te lopen voor de mogelijke intrekking, wanneer een ambtenaar een geschil heeft met zijn bestuur. Hij heeft in het te beslechten geval met een ambtenaar onderscheid gemaakt in de verhouding van de ambtenaar tot de overheid en in de verhouding van de ambtenaar tot de andere personeelsleden om, vanuit dit perspectief, de regelmatigheid van de intrekking te onderzoeken (zie W. Lambrechts, *Geschillen van bestuur — een praktische handleiding*, Kluwer, 1982, 38).

4. In het thans voorliggend arrest heeft de Raad van State een nieuwe begrenzing vastgelegd door te oordelen dat de bevoegdheid tot intrekken, gelet op de grondslag ervan, maar zo ver reikt als het annulatieberoep onzekerheid heeft doen ontstaan, wat betekent:

1) dat intrekking maar mogelijk is indien het annulatieberoep ontvankelijk is ingesteld;

2) dat ze slechts kan plaatshebben binnen de grenzen van de uitvoering van het mogelijk annulatiearrest dat op dat beroep zou kunnen worden uitgesproken

a. hetzij op grond van één of meer van de deugdelijk te achten rechtmatigheidsbezwaren welke de verzoeker ontvankelijk voor de Raad van State heeft doen gelden,

b. hetzij op grond van de overtreding van een regel van openbare orde.

5. Het Rekenhof heeft vroeger reeds bedenkingen geuit bij de jurisprudentiële regel van de intrekking van onregelmatige administratieve rechtshandelingen (*Parl. St., Kamer*, 1970-71, nr. 797/1, bijlage II, 13). In bovenstaand arrest kan men lezen dat de Raad van State de constructie van de intrekking baseert op het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutieve administratieve beschikking gevestigde concrete individuele situatie, zoals dit door de organieke wet op de Raad van State wordt erkend.

Dat brengt er hem toe te beslissen dat een reglementaire bepaling naar luid waarvan vastbenoemde personeelsleden te allen tijde kunnen worden ontslagen indien zij niet regelmatig benoemd zijn, in zijn absolute termen niet bestaanbaar is met dit beginsel dat uit de organieke wetten op de Raad van State voortvloeit.

6. De reglementaire bepaling van art. 168, 1°, van het K.B. van 22 maart 1969 houdende het statuut van het Rijksonderwijzend personeel kan op nuttige wijze vergeleken worden met art. 51, § 6, van de wet van 28 december 1973 betreffende de budgettaire voorstellen 1973-1974 waarbij bepaald wordt dat elke aanwerving of tewerkstelling welke geschiedt met miskenning van dit artikel en van

de ter uitvoering ervan genomen besluiten van rechtswege nietig is.

De vernietiging van de aanwerving heeft echter geen uitwerking op de bezoldiging van de verrichte diensten, op de wets- en reglementsbepalingen inzake pensioenen eigen aan de overheidsdiensten, op de toepassing van de wetgeving inzake sociale zekerheid, op alle krachtens de wetten en verordeningen toegekende sociale voordelen. De wettelijke of reglementaire opzeggingstermijnen worden berekend vanaf de betekening van de vernietiging.

Ter zake heeft de wet zelf een reeks elementen van sociaalrechtelijke aard ter verzachting van de sanctie ingebouwd. Art. 168, § 1, van het K.B. van 22 maart 1969 bepaalt daarentegen dat de niet regelmatig aangestelden, tot de stage toegelaten personeelsleden of vastbenoemden, zonder vooropzegging uit hun ambt worden ontslagen.

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE GENT

1^e KAMER — 8 SEPTEMBER 1983

Voorzitter: de h. Van Bever

Raadsheren: de hh. De Smet en Dinneweth

Advocaat: mr. Beele

Burgerlijke rechtspleging — Uitvoerend beslag op onroerend goed — Recht van de notaris om zich tot de beslagrechter te wenden ten einde het bezichtigingsrecht te regelen — Eerbiediging van het eigendomsrecht van de beslagene.

Overeenkomstig art. 1582, eerste en tweede lid, Ger. W., moet de benoemde notaris in de verkoopvoorwaarden o.m. de maatregelen vermelden die voor de bekendmaking zullen worden genomen; het bezichtigen van het goed door derden behoort tot deze maatregelen.

De notaris is gerechtigd zich te wenden tot de beslagrechter om het bezichtigingsrecht te regelen.

Aangezien de beslagene nog steeds (d.i. tot aan de definitieve toewijzing) eigenaar is van het onroerend goed, kan de notaris niet eisen dat dit goed «ter (zijner) vrije beschikking» wordt gesteld «door afgifte van de sleutels».

B.J., notaris, t/ C.G.

Het hoger beroep van de beschikking van de beslagrechter te Brugge van 17 mei 1983 is tijdig en regelmatig naar de vorm.

(...)

Uit de aan het hof voorgelegde stukken blijkt, dat notaris B.J. bij beschikking van de beslagrechter te Brugge van 22 oktober 1982 aangesteld werd om over te gaan, enerzijds, tot de verkoop van een in beslag genomen onroerend goed, nader omschreven in het aan die beschikking voorafgaand verzoekschrift, anderzijds, tot de verrichtingen van rangregeling.

Het bedoeld onroerend goed behoort in eigendom toe aan de geïntimeerde, die er als beslagene niet in toestemt

dat de notaris het (vóór de openbare verkoop) laat bezichtigen door aspirant-kopers.

Naar luid van artikel 1582, eerste en tweede lid, Ger. W. moet de benoemde notaris in de verkoopvoorwaarden o.m. de maatregelen vermelden die voor de bekendmaking zullen worden genomen; het bezichtigen van het goed door derden, mogelijke kopers, onder het toezicht van de notaris, behoort tot deze maatregelen.

De notaris is — wanneer de beslagene (of een andere persoon, bv. de huurder) van meet af aan laat kennen dat de bezichtiging van het in beslag genomen onroerend goed in geen geval wordt toegestaan — gerechtigd zich te wenden tot de beslagrechter om het bezichtigingsrecht te regelen. Er mag niet uit het oog verloren worden, dat de geïntimeerde nog steeds eigenaar is van het onroerend goed; de notaris kan niet eisen dat dit goed «ter (zijner) vrije beschikking» wordt gesteld «door afgifte van de sleutels». De vordering van de notaris is slechts gegrond in de mate zoals hierna is bepaald.

Het is geenszins vereist dat de vordering in dit verband (mede) ingesteld wordt door de beslaglegger.

De argumenten die de geïntimeerde aanhaalt om zich te verzetten tegen de vordering van de appellant, zijn niet dienend; ze betreffen mogelijk de gegrondheid van het beslag, maar dit probleem — dat de beslaglegger en de beslagene aangaat — is niet voor het hof aanhangig.

Om die redenen,

Ontvangt de vordering en zegt voor recht dat de appellant gemachtigd wordt om het in beslag genomen onroerend goed (...) te betreden tot aan de definitieve toewijzing, (...), om het door mogelijke kopers te laten bezichtigen; machtigt de appellant, zo de geïntimeerde de bezichtiging op voormelde dagen en uren onmogelijk maakt, de woning te betreden met een gerechtsdeurwaarder en een slotenmaker.

NOOT—*Het recht van de notaris om zich tot de beslagrechter te wenden ten einde het bezichtigingsrecht te regelen bij uitvoerend beslag op onroerend goed.*

1. «De draagwijdte van de middelen tot tenuitvoerlegging is geheel anders (dan de bewarende beslagen), zij kunnen slechts worden aangewend indien de schuldeiser in het bezit is van een uitvoerbare titel en zij maken het hem mogelijk, wanneer zijn schuldenaar zich niet vrijwillig kwijt, hem te onteigenen en betaling te bekomen» (Verslag Van Reepinghen, *Parl. St., Senaat*, 1963-1964, nr. 60, 298).

Alle vorderingen betreffende bewarende beslagen en middelen tot tenuitvoerlegging worden gebracht voor de beslagrechter (art. 1395, eerste lid, Ger. W.; Voorz. Rb. Gent, 24 april 1973, *R.W.*, 1974-75, 1594). Uit de vergelijking van de geciteerde tekst uit het Verslag Van Reepinghen en het eerste lid van art. 1395 Ger. W. blijkt dat de beslagrechter bevoegd is om over de geschillen te oordelen die de tenuitvoerlegging en/of de middelen ervan behelzen.

2. Het recht om zich tot de beslagrechter te wenden komt niet alleen toe aan de partijen in de procedure van het uitvoerend beslag op onroerend goed (en van de rangregeling), maar ook aan de notaris. Hoewel hij geen belanghebbende partij is, kan men uit de algemene bepalingen van art. 1396 Ger. W. dit recht afleiden, aangezien de beslagrechter moet zorgen dat de middelen tot tenuitvoerlegging

worden nagekomen (Besl. Antwerpen, 19 februari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1301; Rb. Antwerpen, 11 maart 1971, *R.W.*, 1970-71, 1966; Rens, J.-L., «De bevoegdheid van de beslagrechter», *T. Not.*, 1972, 194 e.v., nr. 7 (blz. 197). Indien de notaris moeilijkheden ondervindt bij de tenuitvoerlegging, heeft hij de bevoegdheid niet om zich in de plaats te stellen van de gedingbeslissende rechter: de notaris krijgt een opdracht van de rechtbank en moet naar de rechtbank terug indien er problemen van tenuitvoerlegging rijzen.

3. Overeenkomstig art. 1582, eerste en tweede lid, Ger. W., moet de benoemde notaris in de verkoopvoorwaarden o.m. de maatregelen vermelden die voor de bekendmaking zullen worden genomen. Het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 8 september 1983 herinnert er terecht aan dat onder deze maatregelen voor bekendmaking het bezichtigen van het goed door derden behoort (zie in dezelfde zin: Brussel, 9 januari 1974, *T. Not.*, 1974, 136, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, 21867, *Pas.*, 1974, II, 92).

Dit houdt niet alleen in dat de notaris moet vermelden, wanneer, — d.i. dagen en uur —, derden het in beslag genomen onroerend goed kunnen bezichtigen, maar bovendien dat de notaris dienaangaande een voorafgaand akkoord gesloten heeft met de beslagene (of de huurder of pachter, indien het een verhuurd of verpacht in beslag genomen onroerend goed betreft). Indien de notaris er niet in slaagt tot een dergelijk bezichtigingsakkoord te komen, blijft hem niets anders over dan zich tot de beslagrechter te wenden. De bezichtigingsmodaliteiten zullen in een beschikking, ingesteld en behandeld zoals in kort geding (art. 1395, tweede lid, Ger. W.), vastgelegd worden. Het zijn deze modaliteiten die de notaris in zijn verkoopvoorwaarden dient op te nemen.

4. Tot aan de definitieve toewijzing blijft de beslagene eigenaar van het in beslag genomen onroerend goed, en blijft hij, indien hetzelfde onroerend goed niet verhuurd of verpacht is, als gerechtelijk sekwester in het bezit ervan tot bij de verkoop (art. 1572, eerste lid, aanhef, Ger. W.).

Dit eigendomsrecht dient geëerbiedigd te worden. Dit leidt tot een dubbele vaststelling:

— zoals hierboven vermeld dienen de maatregelen voor bezichtiging vastgesteld te worden ofwel bij onderling akkoord tussen de beslagene en de aangestelde notaris, ofwel door de beslagrechter;

— de beslaglegger kan de modaliteiten van de bezichtiging niet vragen n.a.v. de benoeming van de notaris overeenkomstig art. 1580, eerste lid, Ger. W. De beslagene moet inderdaad eerst de mogelijkheid krijgen om een akkoord daaromtrent te maken en pas wanneer dit niet bereikt kan worden, zal men zich tot de beslagrechter wenden (Besl. Gent, 18 augustus 1983, gepubliceerd in dit nummer).

5. Het is van belang dat de maatregelen voor bezichtiging zeer precies in de beschikking van de beslagrechter omschreven worden, zodat de tenuitvoerlegging geen enkel interpretatieprobleem zou geven.

Op te merken is dat de bepalingen van art. 1582 Ger. W. op straffe van nietigheid gelden (art. 1622, eerste lid, Ger. W.).

Christian Engels
R.U.G.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 24 OKTOBER 1983

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Van Gelder en Vandeplas

Openbaar ministerie : mevr. Van Leuven

Advocaten : mrs. Linders loco Plessers en Claes

Gemeentebelasting — Op in drankgelegenheden tewerkgesteld personeel — Hoofdelijke aansprakelijkheid van de eigenaar van het vast goed waarin een huurder de drankgelegenheden exploiteert — Invordering.

Art. 2 van de belastingverordening van 13 februari 1978 van de stad Hasselt op in drankgelegenheden tewerkgesteld personeel, stelt de eigenaar van het materieel van de drankgelegenheden en die van het vast goed hoofdelijk aansprakelijk voor de door de huurder, exploitant van de drankgelegenheden, verschuldigde belasting.

Die aansprakelijkheid van derden is niet in strijd met het persoonlijk karakter van de belastingen, en het verhaal op de eigenaar van het vast goed, dat ingebouwd is in de verordening, is niet in strijd met de wet of met de algemene rechtsbeginselen.

Voor de uitoefening van het verhaal is niet vereist dat de belasting op naam van de aansprakelijke persoon wordt ingekohierd.

De vordering tegen de aansprakelijke persoon kan slechts worden uitgeoefend volgens de regels van het gerechtelijk recht.

Stad Hasselt t/ B. en B.

Overwegende dat appellante de geïntimeerden, eigenaresen van een herberg gelegen te Hasselt, hebben gedagvaard om, op grond van artikel 10 van het gemeentereglement van 13 februari 1978, de som van 90.000 frank aan belastingen op personen tewerkgesteld in een drankgelegenheden te betalen als personen hoofdelijk aansprakelijk op grond van artikel 2 van het reglement voor de betaling van deze belastingen;

Overwegende dat de huurder van de herberg «Crazy Horse», Claudio O. verscheidene dienststers in zijn herberg had en hij krachtens artikel 1 van het gemeentereglement van de Stad Hasselt een bedrag van 30.000 frank verschuldigd was voor het dienstjaar 1978 en een bedrag van 60.000 frank voor het dienstjaar 1979; dat deze O. failliet werd verklaard door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt op 29 november 1979 en het faillissement op 4 juni 1981 gesloten werd wegens gebrek aan actief zodat appellante haar vordering tegen O. niet heeft kunnen uitvoeren;

Overwegende dat, luidens artikel 2 van het gemeentereglement van 13 februari 1978, de eigenaar van het materieel der drankgelegenheden alsmede die van het vast goed «hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor de betaling» van de belasting op de dienststers; dat appellante op grond van dit artikel dan ook de verschuldigde belastingen wenst te verhalen op de geïntimeerden;

Overwegende dat geïntimeerden aanvoeren dat ze van de beslissing van de gemeenteraad van Hasselt van 13 februari 1978 niet op de hoogte waren; dat deze beslissing echter

niet alleen door de gouverneur van de provincie is goedgekeurd op 17 augustus 1978, maar ook op bevel van het college van burgemeester en schepenen overeenkomstig art. 140 van de Gemeentewet is bekendgemaakt; dat alzoo voldaan is aan de vereisten van publiciteit en van kennisgeving;

Overwegende dat geïntimeerden aanvoeren dat appellante veel te lang heeft gewacht om deze belastingen in te vorderen en dat het aan deze nalatigheid te wijten is dat zij benadeeld zijn; dat er geen bewijzen van deze nalatigheid worden bijgebracht, maar appellante aan de hand van het kohier van het dienstjaar 1978 heeft aangetoond dat de belasting, die op 17 augustus 1978 door de provinciegouverneur werd goedgekeurd, op 1 maart 1979 uitvoerbaar is verklaard, dat de roluittreksels op 7 maart 1979 werden verzonden, dat een aanmaning op 6 juni 1979 werd verstuurd, dat een dwangbevel op 25 juni 1979 werd uitgevaardigd en dat de deurwaarder op 19 oktober 1979 werd belast met de uitvoering ervan; dat in deze omstandigheden niet kan worden beweerd dat appellante nalatig is geweest bij de pogingen tot inning van de verschuldigde gemeentebelastingen, maar zij integendeel ervoor gewaakt heeft dat de maatregelen tot invordering een normaal verloop hadden;

Overwegende dat geïntimeerden aanvoeren dat het belastingreglement van de Stad Hasselt van 13 februari 1978 in strijd met artikel 111 van de Grondwet en de artt. 134 en 139bis van de Gemeentewet een periode van vijf jaar bestrijkt, hetgeen indruist tegen het beginsel van het jaarlijks karakter van de belastingen; dat geïntimeerden echter voorbijgaan aan de goedkeuring van de jaarlijkse begroting door de gemeenteraad waarin de ramingen (nl. 500.000 frank voor 1978 en 300.000 frank voor 1979) van de opbrengst van de belasting op de tewerkgestelde dienststers gegeven met toepassing van het gemeentereglement voorkomt; dat door de goedkeuring van de jaarlijkse begroting voldaan is aan het jaarlijkse karakter van de gemeentebelastingen, zodat deze grief als ongegrond dient te worden afgewezen;

Overwegende dat de geïntimeerden aanvoeren dat de belasting steeds persoonlijk is en niet kan worden afgewenteld op «anderen bij niet-betaling door de werkelijke schuldenaren»; dat het geen twijfel lijdt dat de exploitant van de herberg de werkelijke belastingschuldige is en gehouden is de belastingen op de tewerkgestelde dienststers te betalen, maar geïntimeerden als eigenaresen van het verhuurde goed op grond van art. 2 van het bedoelde gemeentereglement hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van deze belastingen; dat de aansprakelijkheid van derden geenszins in strijd is met het persoonlijk karakter van de belastingen en dat het verhaal op de eigenaar van het vast goed dat ingebouwd is in het gemeentereglement, niet in strijd is met de wet of met de algemene rechtsbeginselen (cf. Cass., 8 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 313);

Overwegende dat geïntimeerden aanvoeren dat de belastingen op de herbergdienststers «indirecte belastingen» zijn, daar ze slechts eisbaar zijn op het ogenblik van de indienstneming van de dienststers, zodat het belastingreglement van de Stad Hasselt in artikel 9 ten onrechte voorschrijft dat ze door de gemeenteontvanger volgens de regels geldend inzake invordering van directe belastingen worden geïnd, terwijl ze als indirecte belastingen op een totaal verschillende wijze dienen te worden ingevorderd;

Overwegende dat uit de omschrijving van artikel 1 van het gemeentereglement blijkt dat «een jaarlijkse en directe belasting» wordt geheven per persoon die in een drankgelegenheid, met of zonder loon, tijdelijk of bestendig de handel van de exploitant bevordert, rechtstreeks of onrechtstreeks, hetzij door met de klant te verbruiken, hetzij door het verbruik uit te lokken of aan te moedigen;

Overwegende dat de belasting, in strijd met hetgeen geïntimeerden beweren, niet verschuldigd is bij de aanwerving of bij de indiensttreding van de diensters, maar wel wegens het in dienst zijn van de betrokkenen; dat het bijgevolg een belasting is die een toestand treft en die periodiek wordt geheven, hetgeen karakteristiek is voor directe belastingen (Cass., 2 maart 1956, *Pas.*, 1956, I, 692, met noot van F. Dumon); dat de belasting op de diensters dan ook als een directe belasting dient te worden beschouwd;

Overwegende dat geïntimeerden aanvoeren dat de belasting op de diensters alleen kan worden gevorderd van de belastingplichtige op wiens naam ze is ingekohierd; dat de belasting ingekohierd is op naam van O. en dat ze bijgevolg niet invorderbaar is van geïntimeerden daar er tegen hen dan geen uitvoerbare titel bestaat;

Overwegende dat door de partijen niet betwist wordt dat de belastingen regelmatig ingekohierd zijn op naam van O.; dat de vordering van appellante niet steunt op de inkohering, maar op artikel 2 van het belastingreglement van de Stad Hasselt, waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid van de geïntimeerden wordt bepaald; dat deze vordering van appellante niet steunt op de rechtstreekse belasting-schuld van de geïntimeerden — deze schuld rust alleen op O. — maar op het gemeentelijk belastingreglement, op grond waarvan de geïntimeerden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de niet betaalde belastingen op de diensters; dat geïntimeerden dan ook ten onrechte aanvoeren dat de belastingen op hun naam dienden te worden ingekohierd om van hen te kunnen worden ingevorderd, daar de vordering op grond van art. 2 van het bedoelde gemeentereglement een voldoende wettelijke basis vormt voor het verhaal van appellante;

Overwegende dat geïntimeerden de verjaring van de vordering aanvoeren op grond van het karakter van indirecte belastingen; dat dit middel echter wegvalt nu hierboven reeds is aangetoond dat de belasting op diensters geen indirecte maar wel een directe belasting is;

Overwegende dat de geïntimeerden aanvoeren dat de procedure van invordering niet voldoet aan de wettelijke voorschriften; dat ten deze geen invordering van directe belastingen op grond van een kohier wordt beoogd, maar het verhaal dat krachtens artikel 2 van het gemeentelijk reglement van de Stad Hasselt op de eigenaar van het onroerend goed kan worden uitgeoefend; dat deze vordering alleen volgens de gewone regels van het gerechtelijk recht kan worden uitgeoefend tegen de hoofdelijk aansprakelijke personen en dat gevolgde procedure volkomen beantwoordt aan de regels van het Gerechtelijk Wetboek;

(...)

BESLAGRECHTER TE GENT

RAADKAMER — 18 AUGUSTUS 1983

Rechter: mevr. Van Isterdael

Advocaat: mr. Van Eeckhaut

Burgerlijke rechtspleging — Uitvoerend beslag op onroerend goed — Benoeming van de notaris — Onmogelijkheid om in de beschikking tot benoeming aan de notaris de machtiging te verlenen zich toegang te verschaffen tot de te verkopen onroerende goederen.

De machtiging, desnoods met de hulp van de openbare macht, om zich toegang te verschaffen tot de te verkopen onroerende goederen, is een zwaarigheid bij de tenuitvoerlegging.

Deze machtiging kan slechts gegeven worden voor zover er dienaangaande problemen rijzen. Dit blijkt vooralsnog niet bij de benoeming van de notaris.

De vordering tot machtiging moet worden ingesteld en behandeld zoals in kort geding overeenkomstig art. 1395 Ger. W.

Van S. t/ C.

Overwegende dat de gronden van het rekest de gevorderde maatregel wettigen in de mate zoals hierna bepaald; dat de pleegvormen bepaald door de artt. 1489 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek en o.m. art. 1497 zijn nageleefd;

Overwegende dat, wat betreft de vraag om de aangestelde notaris te machtigen desnoods met de hulp van de openbare macht zich toegang te verschaffen tot de te verkopen onroerende goederen, voor zover zulks tot betwisting aanleiding zou geven, hetgeen vooralsnog niet blijkt, dient te worden beslist dat problemen dienaangaande behoren tot de eventuele zwaarigheden bij de tenuitvoerlegging, na de beschikking tot benoeming van de notaris, zodat de vorderingen daaromtrent met toepassing van het artikel 1395 Gerechtelijk Wetboek moeten worden ingesteld en behandeld zoals in kort geding, nu het hier niet gaat om een geval waarin de wet bepaalt dat zij worden ingesteld bij verzoekschrift;

(...)

NOOT—Zie in dit nummer het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 8 september 1983, met noot Christian Engels.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 december 1982

Burgerlijke rechtspleging — Betekening en kennisgeving — Betekening aan vennootschap op het adres waar volgens haar inschrijving in het handelsregister haar zetel gevestigd is — Zetel in werkelijkheid geves-

tigd op een plaats vermeld in het vennootschapsdossier en in de publikatie in de Bijlagen aan het Belgisch Staatsblad — Onjuiste schijn — Sanctie.

Aan eiseres werd een verstekvonnis betekend op een adres te Eke dat overeenstemde met haar inschrijving in het handelsregister. Het bestreden arrest (Hof Gent, 10 juni 1981) oordeelt dat die betekening geldig is, hoewel de zetel van eiseres gevestigd is te Merelbeke, en dat haar verzet, meer dan een maand na die betekening, niet ontvankelijk is. Daartegen werpt eiseres op: 1) dat zij de akte van vestiging van haar zetel te Merelbeke op 18 september 1973 had neergelegd ter griffie van de Rechtbank van Koophandel te Gent en dat die akte in de Bijlagen aan het Belgisch Staatsblad was gepubliceerd, zodat ze aan verweerder kon worden tegengeworpen, en de betekening die hij aan haar vroegere zetel deed, nietig was; 2) dat het arrest ten onrechte oordeelt dat de tegenstrijdigheid tussen de vermelding in het handelsregister (Eke) en die in het vennootschapsdossier (Merelbeke) dient te worden bestraft conform art. 10 Vennootschapswet: deze wet is immers hier niet toepasselijk en de Handelsregisterwet bevat een dergelijke sanctie niet.

«Overwegende dat artikel 35 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, indien de betekening niet aan de persoon kan worden gedaan, zij voor een rechtspersoon geschiedt aan de maatschappelijke of de administratieve zetel;

«Dat artikel 42, 5°, preciseert dat de betekeningen worden gedaan op de maatschappelijke zetel of, bij gebreke daarvan, op de bedrijfszetel;

«Overwegende dat, wanneer de partij aan wie de betekening moet worden gedaan, de onjuiste schijn verwekt dat de maatschappelijke zetel gevestigd is op een bepaalde plaats, deze partij gehouden is de schade te herstellen die haar onvoorzichtigheid voor de betekende partij veroorzaakt;

«Dat het herstel in specifieke vorm erin kan bestaan dat de betekende partij deze zetel voor juist mag houden en dat de betekening op deze zetel als geldig wordt beschouwd;

«Overwegende dat het hof van beroep ten deze vaststelt dat een aantal procesakten betekend werden 'op de oude maatschappelijke zetel' van eiseres te Eke, 'terwijl sinds 1973 eiseres haar maatschappelijke zetel had overgebracht naar Merelbeke';

«Overwegende dat het hof van beroep als onvoorzichtigheid van eiseres releveert: a. dat eiseres in de buitengewone algemene vergadering van 2 juli 1973 besliste de maatschappelijke zetel van Eke naar Merelbeke over te brengen en een uittreksel van het proces-verbaal neerlegde op de griffie van de Rechtbank van Koophandel te Gent op 18 september 1973; b. dat eiseres, komende van Kortrijk, op dezelfde datum van 18 september 1973 zich opnieuw liet inschrijven in het handelsregister te Gent 'waar echter als adres alsdan opnieuw Eke opgegeven werd en dit zowel met betrekking tot de maatschappelijke zetel als de inrichting waar de handelswerkzaamheid uitgeoefend wordt of zal worden'; c. dat eiseres tegenstrijdige gegevens verstrekke en liet voortbestaan tussen het handelsregister en het vennootschapsdossier, terwijl 'een coördinatie en inschrijving van overeenstemmende gegevens dient te bestaan waaraan elke handelaar zijn medewerking dient te verlenen'; d. dat de

omstandigheid dat de maatschappelijke goederen deels te Eke bleven tot einde 1974 en deels werden overgebracht naar een zustermaatschappij te Deinze 'evenmin van aard is geweest de situatie te verduidelijken';

«Dat het arrest beslist dat de zetel te Merelbeke niet tegenwerpelijk is aan verweerder en dat 'er geen reden toe bestaat ten nadele van verweerder bepaalde procesakten nietig, minstens zonder uitwerking te verklaren';

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat het arrest niet oordeelt dat de zetel werkelijk en wettelijk niet te Merelbeke gevestigd was, maar enkel vaststelt dat eiseres in feite een schijn heeft verwekt waardoor verweerder werd misleid;

«Wat het tweede onderdeel betreft:

«Overwegende dat het arrest niet artikel 10, § 4, van de Vennootschappenwet toepast, maar 'mutatis mutandis diezelfde sanctie van niet-tegenwerpelijkheid', wat op een specifiek herstel neerkomt;

«Dat het middel feitelijke grondslag mist.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: P.V.B.A. M. t/ Van O.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 10 januari 1983

Jaarlijkse vakantie — Vakantiegeld bedienden — Berekening — Voordelen in natura.

Gedeeltelijke cassatie van het arrest, op 26 oktober 1981 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen:

«Overwegende dat de artikelen 38, 39 en 46 van het koninklijk besluit van 30 maart 1967 deel uitmaken van de bepalingen van titel III, hoofdstuk I, van dit besluit, die de wijze van berekening van het vakantiegeld voor de bedienden regelen;

«Dat uit het geheel van deze bepalingen blijkt dat voor deze berekening niet alleen het door de bediende verdiende loon in geld in aanmerking komt, maar ook de door hem genoten voordelen in natura.»

(Voorzitter: de h. Meeüs — Raadsheer-rapporteur: de h. Lebbe — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. De Gryse en Dassesse — In de zaak: C. t/ N.V. P.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 januari 1983

Burgerlijke rechtspleging — Voorwaarden van de rechtsovername — Belang — Begrip.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 10 december 1981) stelt vast dat «uit de overgelegde stukken blijkt dat de factuur van 22 april 1974 geannuleerd werd door een op 9 mei 1974 opgestelde creditnota en dat de overige oorspronkelijk gevorderde factuursbedragen tijdig betaald werden»; op grond daarvan beslist het dat de door eiseres bij exploit van 20 maart 1975 ingeleide «rechtsovername, bij ontstentenis van het door art. 17 Ger. W. vereiste belang om ze in te dienen, niet kan worden toegelaten»; opnieuw wijzend

verklaart het arrest de hoofdeis evenals de uitbreiding ervan ontoelaatbaar. Eiseres voert daartegen aan dat het bestaan of ontbreken van een belang niet afhankelijk kan worden gesteld van, of getoetst worden aan, het al dan niet bestaan of gegrond zijn van het recht waarvan men de erkenning of de naleving vordert.

«Overwegende dat het arrest op grond van de in het middel weergegeven motieven de eis niet toelaatbaar verklaart bij gebrek aan belang en dientengevolge ook de bij uitbreiding ingestelde vordering niet toelaatbaar verklaart en het beroepen vonnis vernietigt, waarbij die eisen ongegrond waren verklaard;

«Overwegende dat uit de voormelde motieven blijkt dat eiseres van verweerster betaling vorderde van een reeks facturen, waarvan verweerster staande hield dat ze voldaan of niet meer verschuldigd waren;

«Dat er derhalve een betwisting bestond tussen partijen en eiseres een verkregen en dadelijk belang kon hebben om haar gestelde recht te doen erkennen en verweerster te doen veroordelen tot betaling;

«Dat het hof van beroep op grond van de enkele feiten die het vaststelt, niet wettig heeft kunnen beslissen dat eiseres geen belang had bij de rechtsvordering.»

(Voorzitter : de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert — Advocaat-generaal : de h. Velu — Advocaat : mr. Bützler — In de zaak : N.V. R. t/ V.O.F. B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 21 januari 1983

Burgerlijke rechtspleging — Behandeling en berechting van de vordering — Heropening van het debat — Exceptie die de partijen niet hebben opgeworpen.

In het bestreden vonnis (Rb. Brussel, 11 maart 1982) werd de eis tot betaling van een uitzettingsvergoeding op grond van art. 16, IV, Handelshuurwet afgewezen wegens het niet-naleven van de wettelijke vervalt termijn. Het middel daartegen wordt als volgt gegrond verklaard :

«Overwegende dat, luidens artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, de rechter de heropening van de debatten moet bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen;

«Overwegende dat het vonnis, na te hebben vastgesteld dat eerste verweerster de door eiseres aangevraagde huurhervorming weigerde op grond van artikel 16, IV, van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten en dat de vordering van eiseres ertoe strekt eerste verweerster te horen veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens uitzetting, die vordering afwijst om de reden dat eiseres 'naliel de weigering van eerste verweerster binnen dertig dagen voor de rechter te betwisten, hoewel artikel 16 deze termijn voorschrijft op straffe van verval' ;

«Overwegende dat het vonnis aldus de vordering afwijst op grond van een exceptie in de zin van voormeld artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek ;

«Overwegende dat, ofschoon verweerster in haar conclusie erop had gewezen dat eiseres negen maanden had gewacht om voor de eerste maal te protesteren tegen de weigering tot huurhervorming, zij daaruit niet had afgeleid

dat de vordering niet tijdig was ingesteld ; dat niet blijkt dat eiseres voormelde exceptie voor de rechtbank had ingeroepen ; dat derhalve, alvorens te beslissen, de heropening van de debatten diende te worden bevolen.»

(Voorzitter : de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur : de h. Lebbe — Advocaat-generaal : de h. Ballet — Advocaat : mrs. Claeys Bouuaert en Bützler — In de zaak : N.V. B. t/ B.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 26 januari 1983

Belasting over de toegevoegde waarde — Verzuim de belasting binnen de wettelijke termijn te voldoen — Bedrieglijk opzet.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 30 juni 1982) veroordeelt de eisers ter zake dat zij met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden verzuimd hebben de belasting over de toegevoegde waarde verschuldigd op de door de belastingplichtige vennootschap verrichte handelingen te voldoen binnen de bij art. 50, § 1, 3°, van de wet van 3 juli 1969 bepaalde termijn (art. 73, § 1, van de wet).

Eisers voeren daartegen aan dat het arrest zich baseert op een onjuiste uitlegging van de hoedanigheid waarin de bedragen bij de klanten werden geïnd en ontvangen, zodat het arrest het bedrieglijk opzet van eisers niet wettig kon afleiden uit het enkele feit dat ze, ofschoon ze hun betalingen hadden stopgezet, hun handelswerkzaamheden financieren door middel van die bedragen.

«Overwegende dat, krachtens artikel 50, § 1, 4°, van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde, de eisers gehouden waren de verschuldigd geworden belasting te voldoen binnen de door § 1, 3°, van genoemd artikel voorgeschreven termijn ; dat de omstandigheid dat iedere belastingplichtige vóór de betaling de hem door zijn leveranciers in rekening gebrachte of de door hem bij de invoer betaalde belastingen mag aftrekken, niet wegneemt dat hij rechtstreeks aan de Staat het saldo moet betalen gelijk aan het verschil tussen het totaalbedrag van de belastingen die verschuldigd zijn voor de tijdens een welbepaalde periode verrichte handelingen, en het bedrag van de belastingen die tijdens dezelfde periode geheven werden op de verstrekte goederen en diensten en op de door hem ingevoerde goederen ;

«Overwegende dat het arrest vermeldt dat 'de beklaagden als dekmantel voor hun handelsactiviteiten een schijnvennootschap gebruiken die spoedig na haar oprichting, op 29 april 1977, haar betalingen had gestaakt aangezien het in de vennootschap gebrachte, volgestorte en aan de notaris vertoonde kapitaal van 250.000 frank niet meer voorhanden was, nu de nieuwe vennootschap reeds op 28 oktober 1979 door een werkelijke verduistering van activa ingestemd had met het overnemen van het passief van de vorige vennootschap ; dat die kunstgreep wel aantoonde dat de handelsactiviteit van de beklaagden ... bestendig en ontoelaatbaar was aangezien ze hun handelsactiviteit lieten financieren door hun schuldeisers ofschoon al hun activiteiten, met inbegrip van een faillissement en een veroordeling hen hadden moeten leren dat ze niets opbrachten' ;

«Overwegende dat het arrest, na meer bepaald de telast-

legging van ontduiking van de belasting over de toegevoegde waarde te hebben onderzocht, vaststelt dat 'de door de vennootschap bij haar klanten geïnde en niet aan de Staat afgedragen belasting over de toegevoegde waarde zeker 1.206.496 frank bedraagt; dat het bedrieglijk opzet van (de eisers) erin bestaat dat ze, ofschoon ze hun betalingen hebben gestaakt, handel drijven en deze voortzetten en dat ze daarbij hun handelswerkzaamheden financieren met bedragen die ze ontvingen van hun klanten die een belastingplicht vervulden';

«Overwegende dat het arrest door die vaststellingen het bedrieglijk opzet niet afleidt uit het enkele feit dat de naamloze vennootschap I. haar betalingen had gestaakt, doch uit het feit dat de eisers sedert de oprichting van die onderneming voortdurend hebben gehandeld met het oogmerk zich een onrechtmatig voordeel toe te eigenen door de bij hun klanten geïnde belasting over de toegevoegde waarde niet af te dragen aan de Staat;

«Dat het arrest aldus het bestaan van alle bestanddelen van de overtreding van artikel 73, § 1, van de wet van 3 juli 1969 vaststelt;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. Couturier, Alen en De Bruyn — In de zaak: B. en H. t/ Belgische Staat, Ministerie van Financiën)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 7 maart 1983

Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Dringende reden — Verscheidene feiten aangevoerd — Inaanmerkingneming van een of meer feiten.

Het tegen het arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 30 juni 1982 aangevoerde middel wordt verworpen, o.m. in zoverre het aanvoert dat de feitenrechter de rechtmatigheid van een ontslag om dringende redenen slechts vermag te beoordelen op grond van het geheel van de feiten die de werkgever tegen de werknemer aanvoerde:

«Overwegende dat de artikelen 35 van de wet van 3 juli 1978, 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 2, van de wet van 10 juni 1952 de beoordeling van het dringend karakter van de reden die wordt ingeroepen om de arbeidsovereenkomst zonder opzegging te beëindigen, aan de rechter overlaten; dat de rechter, wanneer verscheidene feiten als dringende reden worden ingeroepen, vermag te oordelen dat een of meer ervan op zichzelf een dringende reden uitmaken;

«Dat het arbeidshof ten deze in feite en derhalve op onaantastbare wijze beslist dat twee van de door verweerder aangevoerde feiten op zichzelf en ongeacht de andere ingeroepen feiten een dringende reden opleveren, die elke professionele samenwerking tussen verweerder en eiser onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.»

(Voorzitter: de h. Meeùs — Raadsheer-rapporteur: de h. Vervloet — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler — In de zaak: D.S. t/ N.V. O. en A.B.V.V.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 maart 1983

Rechtsmisbruik — Scheidingsmuur — Art. 663 B.W. Uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dit recht door een bedachtzame en zorgvuldige persoon.

Het bestreden vonnis (Rb. Luik, 12 mei 1981) oordeelt dat de vordering van eisers, waarbij zij verweerders willen verplichten om bij te dragen in de kosten van een afsluiting van 152.656 fr., een misbruik van recht uitmaakt. De onderdelen van het middel, waarin eisers aanvoeren dat het vonnis dubbelzinnig is en art. 663 B.W. schendt, worden om de volgende redenen verworpen:

«Wat het tweede en derde onderdeel betreft:

«Overwegende dat het vonnis, na erop gewezen te hebben dat 'de rechtbank thans alleen moet beslissen over het bouwen van een afscheidingsmuur in volle steen die volgens de laatste vordering van de (eisers) 152.656 frank kost', beslist dat de eisers niet vrij kunnen kiezen voor en de verweerders verplichten tot een bouwwerk dat overdreven duur is en buiten verhouding staat tot de waarde van de woonhuizen, terwijl ze met verschillende niet dure technische oplossingen het door hen verlangde resultaat zouden kunnen bereiken, op grond dat, enerzijds, de zeden en gebruiken zijn veranderd, dat met name de opvatting over de aard en de structuur van een behoorlijke afsluiting is geëvolueerd en, anderzijds, het voornemen om, ter afscheiding van twee tuinen, een 20 cm dikke stenen muur op te richten waarop een gemeen bouwwerk kan steunen, abnormaal lijkt en betrekking heeft op een onredelijke economische verrichting;

«Dat het vonnis zich er aldus, zonder dubbelzinnigheid en onnauwkeurigheid, toe beperkt de aanspraak van de eisers, zoals ze in hoger beroep was omschreven, af te wijzen; dat het niet vermeldt hoe de afsluiting er moest uitzien en ook niet in welk materiaal ze moest worden gemaakt;

«Dat het derde onderdeel in zoverre feitelijke grondslag mist;

«Overwegende dat voor het overige artikel 663 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een ieder, in de steden en voorsteden, zijn nabuur kan verplichten om bij te dragen tot het bouwen en herstellen van de afsluiting die dient tot scheiding van hun in die steden en voorsteden gelegen huizen, binnenplaatsen en huizen, de hoogte van de afsluiting wordt vastgesteld volgens de bijzondere verordeningen of de vaste en erkende gebruiken en, bij gebreke van gebruik of verordening, elke tussen naburen tot scheiding dienende muur die voortaan gebouwd en wederopgebouwd zal worden, een hoogte moet hebben van ten minste tweeëndertig decimeter, de kap daarin begrepen, in de steden van vijftigduizend en meer zielen, en van zesentwintig in de andere steden;

«Overwegende dat, hoewel degene die zijn nabuur wil verplichten om bij te dragen tot het bouwen van een afsluiting het recht heeft om, met inachtneming van de in dat artikel 663 bedoelde wettelijke en reglementaire voorschriften, de scheidingsmuur te bouwen volgens de door hem gekozen wijze, hij dit recht niet mag uitoefenen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de

normale uitoefening van dit recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon ;

«Overwegende dat derhalve het vonnis dat, zonder zich uit te spreken over de vraag of de afsluiting al dan niet een muur moest zijn, om bovenvermelde redenen beslist dat de door de eisers voorgestelde oplossing tot een bouwwerk dat overdreven duur is en buiten verhouding staat tot de waarde van de onroerende goederen, terwijl ze met verschillende niet dure technische oplossingen het door hen verlangde resultaat zouden kunnen bereiken, zonder aan een ander onnodig schade toe te brengen, hunnerzijds een rechtsmisbruik is, artikel 663 van het Burgerlijk Wetboek niet schendt ;

«Dat de onderdelen in zoverre niet kunnen worden aangenomen.»

(...)

(Voorzitter: de h. Closon — Raadsheer-rapporteur: mevr. Raymond-Decharneux — Advocaat-generaal: de h. Velu — Advocaten: mrs. Simont en Draps — In de zaak: V. en F. t/ C. en M.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 19 april 1983

Arbeidsovereenkomst — Schade door werknemer aan derde toegebracht bij de uitvoering van de overeenkomst — Veroordeling van de werknemer — Vereiste vaststelling.

Beklaagde Vande M., die als chauffeur in dienst van de civielrechtelijk aansprakelijke partij P. schade heeft toegebracht aan de burgerlijke partij M., is met zijn werkgever in solidum veroordeeld om de schade te vergoeden; het vonnis (Corr. Kortrijk, 5 november 1982) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat het vonnis vaststelt: 'Door het feit waarvoor beklagde Vande M. wordt veroordeeld is aan de burgerlijke partij M. schade berokkend, die hij volledig moet vergoeden' en 'Als aansteller van de beklagde Vande M. (die handelde in de dienst waartoe hij hem gebruikte) is de gedaagde P. burgerlijk aansprakelijk voor de betaling van de schadevergoeding en kosten, waartoe zijn aangestelde wordt veroordeeld'; dat het vonnis dientengevolge eiser en Antoon P. in solidum veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan verweerder ;

«Overwegende dat het vonnis, door eiser te veroordelen tot betaling van schadevergoeding aan verweerder zonder vast te stellen dat de berokkende schade te wijten is aan eisers bedrog of aan zijn zware schuld of aan een lichte schuld die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt, artikel 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten schendt.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Vervloet — Advocaat-generaal: mevr. Liekendael — Advocaten: mrs. Vandenbogaerde, Bayart en Bützler — In de zaak: Vande M. en P. t/ M.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 mei 1983

Vennootschap — Handelspraktijken — Gebruik van dezelfde familienaam in de benaming van twee vennootschappen.

Door enkele leden van het gezin V. werd in 1962 de P.V.B.A. Gebroeders V. opgericht. In dezelfde stad dreef een ander gezinsslid minstens vanaf 1962 een gelijkaardige handel onder de handelsnaam «Edgard V.». Na enkele jaren zette Edgar V. zijn zaak om in de P.V.B.A. v/h Edgar V. Deze vennootschap verkocht ten slotte in 1977 haar zaak en de handelsnaam aan de N.V. L., die daarop haar benaming wijzigde in «N.V. v/h V.-L.». Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 2 februari 1982) heeft de vordering afgewezen waarbij eiseres, de P.V.B.A. Gebroeders V., vroeg dat aan verweerder, de N.V., verbod zou worden opgelegd in haar benaming nog de familienaam V. te gebruiken. Het uit de schending van de artt. 27, 28 en 117 van de Vennootschapswet en de artt. 20 en 54 van de Handelspraktijkenwet afgeleide middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat het middel niet aangeeft waardoor artikel 117 van de Vennootschapswet zou zijn geschonden ; dat het in zoverre niet ontvankelijk is ;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de vordering steunt op de artikelen 20 en 54 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken ; dat het arrest geen uitspraak doet over de toepassing van artikel 27 van de Vennootschapswet en eiseres om de toepassing van dat artikel niet heeft verzocht ; dat het middel in zoverre het schending van dat artikel aanvoert gericht is tegen een beslissing die het arrest niet inhoudt ;

«Overwegende dat artikel 28 van dezelfde wet bepaalt : 'De naamloze vennootschap wordt aangeduid met een bijzondere naam of door vermelding van het doel van de onderneming. Deze aanduiding moet verschillen van die van elke andere vennootschap. Indien zij volkomen gelijk is aan een andere of er zozeer op lijkt dat er verwarring kan ontstaan, kan elke belanghebbende ze doen wijzigen en schadevergoeding eisen, indien daartoe grond bestaat' ; dat artikel 20 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken elke handelspubliciteit verbiedt die gegevens bevat waardoor verwarring kan ontstaan met een andere handelaar of ambachtsman, zijn produkten of zijn werkzaamheid, en artikel 54 van dezelfde wet elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad verbiedt waarbij een handelaar of een ambachtsman de beroepsbelangen van een of meer andere handelaars of ambachtslui schendt of tracht te schenden ;

«Overwegende dat het arrest in de in het middel aangehaalde consideransen alsook in andere overwegingen een reeks feiten vermeldt waaruit het afleidt dat er vanaf 1962 in dezelfde streek en ten aanzien van een zelfde cliënteel altijd twee handelszaken in dezelfde produkten hebben bestaan die de geslachtsnaam V. voerden, te weten de 'Gebroeders V.' en 'Edgard V.' ; voorts dat het onderscheid tussen die beide, alsook tussen hun rechtsopvolgers, te weten eiseres enerzijds en achtereenvolgens de 'Personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid v/h Edgar V.' en de 'Naamloze vennootschap v/h Edgar V.-L.', verweerder, anderzijds 'voldoende duidelijk was' en 'voldoende duidelijk is gebleven', alsook dat verweerder de naam

'Edgard V.' als overneemster van de zaak gebruikte wegens zijn handelswaarde;

«Overwegende dat het arrest aldus te kennen geeft dat de naam van verweerster niet dezelfde is als die van eiseres en daarvan, ondanks het gebruik van een zelfde geslachtsnaam, voldoende verschilt, zodat het gebruik ervan geen aanleiding geeft tot dwaling of verwarring en niet strijdig is met eerlijk handelsgebruik;

«Dat het arrest aldus de beslissing wettelijk verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Delva — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: P.V.B.A. Gebroeders V. t/ N.V. v/h. V.-L.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 24 mei 1983

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Overlijden — Materiële schade — Voordeel dat de weduwe uit het rustpensioen van haar man zou hebben getrokken — Lijfrente ex Arbeidsongevallenwet — Rechtsoorzaak.

Gedeeltelijke cassatie van het arrest, op 14 juni 1982 door het Hof van Beroep te Gent gewezen:

«Overwegende dat de lijfrente en het kapitaal die krachtens de artikelen 12, 1°, en 45 van de Arbeidsongevallenwet aan de echtgenote van het slachtoffer van een dodelijk arbeidsongeval zijn verschuldigd, op forfaitaire wijze het verlies vergoeden van het voordeel dat zij persoonlijk trok uit de inkomsten die aan het slachtoffer werden verschafte door de arbeidsovereenkomst tijdens de uitvoering waarvan het ongeval heeft plaatsgehad, maar niet het verlies dekken van het voordeel dat die echtgenote, na de oppensioenstelling van het slachtoffer, uit diens rustpensioen zou hebben gehaald; dat het rustpensioen geen betrekking heeft op de materiële professionele schade en zijn rechtsoorzaak vindt in de wetgeving betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, zodat de volgens het gemene recht voor dit verlies toegekende vergoeding en de krachtens de Arbeidsongevallenwet verschuldigde forfaitaire vergoedingen onderscheiden schaden betreffen.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs — Advocaat-generaal: de h. Declercq — In de zaak: Y. t/ X)

NOOT—Vergelijk Cass., 6 januari 1981, R.W., 1981-82, 1543, met noot.

EUROPEES RECHT

Overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Zaak 279/82 — Leo Jerzak/Bundesknappschaft Verwaltungsstelle Aachen (prejudiciële) — *Financiering door or-*

ganen van verschillende Lid-Staten van een uitkering wegens beroepsziekte — Toepasbaarheid van de anti-cumulatievoorschriften door de Lid-Staat die daarnaast een mijnwerkerspensioen uitkeert — 15 september 1983.

Het Landessozialgericht Essen heeft het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van verordening nr. 1408/1 betreffende de toepassing van de sociale-zekerheidsregelingen op migrerende werknemers.

Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen Jerzak en de Bundesknappschaft aangaande een wet betreffende de mijnwerkersverzekering, waarin de samenloop van een Duits mijnwerkerspensioen met een Duitse ongevalrente wordt geregeld.

Jerzak, van Duitse nationaliteit, werkte in de Duitse en de Belgische steenkoolmijnen.

Nadat hij in België silicose had opgelopen, werd hem aldaar een rente wegens beroepsziekte toegekend, die op grond van de Belgische wettelijke regeling door het Belgische orgaan voor ongevalverzekering werd uitbetaald en waarvan de Bergbau-Berufsgenossenschaft de lasten gedeeltelijk voor haar rekening nam.

Sedert 1973 ontvangt Jerzak van het Duitse orgaan een mijnwerkerspensioen wegens arbeidsongeschiktheid, dat uitsluitend naar Duits recht is vastgesteld omdat de berekening volgens artikel 46 voor de betrokkene minder gunstig uitviel.

Rekening houdend met het feit dat het bedrag van de Belgische uitkering ten gevolge van de verhoging van Jerzaks invaliditeitsgraad was verhoogd, schorste de Bundesknappschaft de betaling van een deel van het ingevolge de Duitse mijnwerkersregeling uitgekeerde invaliditeitspensioen en gelastte het de terugbetaling van de onverschuldigd ontvangen bedragen.

Dit geschil liep uit op een geding waarin de Duitse rechter het Hof een prejudiciële vraag heeft gesteld, die in wezen erop is gericht te vernemen of een nationaal anti-cumulatievoorschrift dat uitsluitend op nationale uitkeringen betrekking heeft, op grond van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71 kan worden toegepast in geval de vermindering uitkering uitsluitend op basis van het nationale recht is vastgesteld en de bij deze vermindering in rekening te brengen uitkering, die volgens de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat is vastgesteld, overeenkomstig de in artikel 57 van verordening nr. 1408/71 vervatte regeling ten laste komt van de bevoegde organen van de twee betrokken Lid-Staten.

Artikel 12 van deze verordening vormt de tegenhanger van de voordelen welke het gemeenschapsrecht de werknemers biedt door hen in staat te stellen een gelijktijdige toepassing van de wettelijke regelingen inzake sociale zekerheid van meer dan een Lid-Staat te verlangen; het heeft ten doel te voorkomen dat zij aan die toepassing voordelen ontnemen welke de nationale regeling als onjuist beschouwt.

Ofschoon volgens een vaste rechtspraak de migrerende werknemers beperkingen kunnen worden opgelegd in ruil voor de voordelen inzake sociale zekerheid die de communautaire verordeningen hun verschaffen en die zij zonder deze niet zouden kunnen verkrijgen, wordt het door de artikelen 48 tot en met 51 van het Verdrag nagestreefde doel niet bereikt, indien de toepassing van deze verordeningen zou leiden tot de intrekking of de vermindering van de

voordelen inzake sociale zekerheid, die een werknemer uitsluitend aan de nationale wettelijke regeling van een Lid-Staat ontleent.

Het mijnwerkerspensioen dat de Duitse autoriteiten denken te verminderen, is uitsluitend op basis van het Duitse recht verworven.

Uitspraak doende op de gestelde vraag, heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard:

«Artikel 12, lid 2, eerste zin, van verordening nr. 1408/71 moet aldus worden uitgelegd, dat het de vermindering of de schorsing van een uitsluitend krachtens de wettelijke regeling van een Lid-Staat verkregen uitkering ook uitsluit, wanneer de krachtens de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat verkregen uitkeringen, die bij de vermindering in rekening moeten worden gebracht, volgens artikel 57 van verordening nr. 1408/71 zijn vastgesteld en het bevoegde orgaan van de eerste Lid-Staat die uitkeringen ingevolge artikel 57, lid 3, sub c, medefinanciert.»

Gev. zaken 205-215/82 — Deutsche Milchkontor GmbH e.a./Bondsrepubliek Duitsland (prejudicieel) — *Terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun — Magere-melkpoeder* — 21 september 1983

Het Verwaltungsgericht Frankfurt heeft een reeks prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van verscheidene bepalingen van de verordeningen betreffende de uitvoeringsbepalingen inzake de toekenning van steun voor tot mengvoeder verwerkte ondermelk en voor magere-melkpoeder, bestemd voor veevoeder.

Deze vragen zijn gerezen in gedingen tussen de instantie die in de Bondsrepubliek Duitsland bevoegd is voor de betaling van steun voor de verwerking van magere-melkpoeder en bedrijven die mengvoeder produceren en zuivelprodukten verhandelen.

Verzoeksters in het hoofdgeding vorderen de nietigverklaring van de beschikkingen waarbij deze instantie de aan deze bedrijven uitbetaalde steun voor magere-melkpoeder terugvorderde.

Zij hadden deze steun voor magere-melkpoeder gekregen hetzij op grond van de verwerking ervan tot mengvoeder, hetzij op grond van de uitvoer ervan naar Italië met het oog op een dergelijke verwerking.

De Duitse instantie voert aan dat het magere-melkpoeder waarvoor verzoeksters deze steun hebben ontvangen voor zover het door de firma Auetal was geproduceerd, niet voldeed aan de door de gemeenschapsregeling gestelde voorwaarden.

De firma Auetal had in de jaren 1978 en 1979 bij de bereiding van magere-melkpoeder naast ondermelk gebruik gemaakt van belangrijke hoeveelheden van een produkt dat voor 56 % uit weipoeder, voor 31 % uit natrium-caseïnaat en voor 13 % uit lactose bestond.

In het hoofdgeding wordt, naar het geval, omstreden of en in hoeverre verzoeksters voor de betrokken verwerking of uitvoer van de firma Auetal of van een andere leverancier normaal magere-melkpoeder hebben betrokken en gebruikt, dan wel poeder dat door Auetal volgens de voormelde methode was vervaardigd en door deze als magere-melkpoeder in het verkeer was gebracht.

Er bestond geen chemische analysemethode waarmee het op basis van verse ondermelk geproduceerde melkpoeder van het door Auetal geproduceerde poeder kon worden on-

derscheiden.

Verzoeksters in het hoofdgeding stellen derhalve dat zij niet konden onderkennen of het door hen betrokken en gebruikte poeder misschien niet iets anders was dan op basis van verse ondermelk geproduceerd magere-melkpoeder.

De bijzondere produktiemethode van Auetal werd in mei 1979 door de Duitse bevoegde autoriteiten ontdekt.

Daarop besloot de Duitse instantie de beschikkingen waarbij de steun was toegekend te vernietigen en de volgens haar ten onrechte uitbetaalde bedragen terug te vorderen, stellende dat, nu verzoeksters althans voor een deel Auetalpoeder hadden gebruikt, niet aan de voorwaarden voor steunverlening, namelijk het gebruik van tenminste de voorgeschreven hoeveelheid magere-melkpoeder, was voldaan.

Deze geschillen hebben de nationale rechter ertoe gebracht een aantal vragen voor te leggen.

De voorwaarden voor steunverlening

De Duitse rechter wenst te vernemen hoe het begrip «magere-melkpoeder» in de zin van de gemeenschapsregeling inzake steun voor magere-melkpoeder en inzonderheid van artikel 1 van verordening nr. 986/68 van de Raad, moet worden uitgelegd, ten einde te kunnen beoordelen of een poeder zoals door Auetal wordt geproduceerd al dan niet aan de voorwaarden voor steunverlening voldoet. Uit de gemeenschapsregeling blijkt dat een produkt, voor de vervaardiging waarvan andere dan de door het melken van een of meer koeien verkregen grondstoffen worden gebruikt, ongeacht de chemische samenstelling van het aldus bekomen eindprodukt niet voor steun krachtens voormeld interventiemechanisme in aanmerking kan komen.

In antwoord op de gestelde vraag verklaart het Hof voor recht:

«Een produkt dat bestaat uit een door verstuiwing gedroogd mengsel van ondermelk en een poeder samengesteld uit wei, natrium caseïnaat en lactose is geen magere-melkpoeder in de zin van de communautaire regeling inzake steun voor magere-melkpoeder en inzonderheid van artikel 1 van verordening nr. 986/68 van de Raad van 15 juli 1968, zelfs niet wanneer het dezelfde chemische samenstelling heeft als het op basis van koemelk geproduceerde magere-melkpoeder.»

De toepassingssfeer van het gemeenschapsrecht en van het nationale recht ten aanzien van de terugvordering van onverschuldigd uitbetaalde steun

De nationale rechter vraagt of de bevoegde nationale autoriteiten ingevolge het gemeenschapsrecht en inzonderheid artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 van de Raad, rechtstreeks gemachtigd zijn ten onrechte uitbetaalde steun terug te vorderen, in die voege dat de feitelijke voorwaarden voor het recht op terugvordering in die bepaling uitputtend zijn geregeld, dan wel of een dergelijke terugvordering gebeurt volgens de regels en op de wijze neergelegd in de nationale wettelijke regeling, en welke grenzen in dit geval aan een dergelijke toepassing van het nationale recht worden gesteld.

Volgens eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie bevat artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 geen regeling van de verhoudingen tussen de nationale interventieorganen en de betrokken marktdeelnemers, en vormt het met name geen rechtsgrondslag krachtens welke de nationale

autoriteiten tegen de verkrijgers van ten onrechte uitbetaalde steun een vordering tot terugbetaling kunnen instellen. Dergelijke vorderingen blijven aan het nationale recht onderworpen.

Deze verwijzing naar het nationale recht kan weliswaar tot gevolg hebben dat de voorwaarden voor de terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun in zekere mate van Lid-Staat tot Lid-Staat gaan verschillen. Het Hof heeft bepaalde regels ontwikkeld: de toepassing van het nationale recht mag enerzijds de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet aantasten en mag anderzijds niet discriminatoir zijn ten opzichte van de procedures tot beslechting van soortgelijke geschillen met een louter nationaal karakter.

In de onderhavige zaak heeft het Hof voor recht verklaard:

«De terugvordering door de nationale autoriteiten van de bedragen die ten onrechte op grond van de communautaire regeling als steun zijn uitbetaald, gebeurt in de huidige stand van de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht volgens de regels en op de wijze neergelegd in de nationale wettelijke regeling, binnen de grenzen die het gemeenschapsrecht aan een dergelijke toepassing van het nationale recht stelt.»

De bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid bij de terugvordering van ten onrechte uitgekeerde steun

Deze vraag is in wezen erop gericht te vernemen, of de door het gemeenschapsrecht aan de toepassing van het nationale recht gestelde grenzen desgevallend in de weg staan aan de inaanmerkingneming van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van de rechtszekerheid bij de terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun.

Het Hof heeft voor recht verklaard:

«Het gemeenschapsrecht staat niet eraan in de weg dat de betrokken nationale wettelijke regeling ter uitsluiting van een vordering tot terugbetaling van ten onrechte uitbetaalde steun, criteria hanteert zoals de bescherming van het gewettigd vertrouwen, het tenietgaan van de ongegronde vrijking, het verstrijken van een termijn of de omstandigheid dat de administratie wist dat zij de betrokken steun ten onrechte toekende of er ten gevolge van een grove nalatigheid van harentwege geen weet van had, op voorwaarde evenwel dat de gestelde eisen dezelfde zijn als voor de terugvordering van geldelijke uitkeringen met een zuiver nationaal karakter en dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden.»

De bewijslast in geval van terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun

De Duitse rechter wenst te vernemen welke regels de bewijslast bij de terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun beheersen.

De Commissie beklemtoont dat de vraag van de bewijslast in een geval als het onderhavige slechts een beperkte rol speelt.

Wat het toepasselijke recht betreft, moet worden opgemerkt dat artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70, waar het naar het nationale recht betreffende de terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun verwijst, geen enkel onderscheid maakt tussen de feitelijke voorwaarden voor een dergelijke terugvordering en de procedure- en vormvoorschriften die hierbij moeten worden gevolgd.

In antwoord op deze vraag verklaart het Hof derhalve voor recht:

«De bewijslast in geval van terugvordering van ten onrechte uitbetaalde steun wordt geregeld door het nationale recht binnen de grenzen die terzake uit het gemeenschapsrecht kunnen voortvloeien.»

De verplichting om de bereiding van magere-melkpoeder in het productiebedrijf te controleren

De nationale rechter wenst te vernemen of de nationale autoriteiten verplicht zijn de bereiding van magere-melkpoeder in het productiebedrijf te controleren en of een eventuele niet-nakoming van deze verplichting tot gevolg kan hebben dat de terugvordering van de ten onrechte uitbetaalde steun is uitgesloten.

Met betrekking tot dit punt heeft het Hof voor recht verklaard:

«De nationale autoriteiten zijn ertoe gehouden de bereiding van magere-melkpoeder door een onderzoek in het productiebedrijf te controleren, indien dergelijke controle noodzakelijk is om de naleving van de gemeenschapsregeling te verzekeren. Het staat aan de nationale rechter uit te maken welke gevolgen het toepasselijke nationale recht aan een eventuele niet-nakoming van deze verplichting verbindt.»

Zaak 271/82 — Strafzaak tegen V. Auer (waarin als burgerlijke partij optreedt de Ordre National des Vétérinaires de France) (prejudicieel) — *Dierenartsen, — Vrijheid van vestiging — Rechtstreekse werking van de richtlijnen* — 22 september 1983

De Cour d'appel te Colmar heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 52 en 57 EEG-Verdrag, alsmede van de richtlijnen van de Raad nr. 78/1026, inzake de onderlinge erkenning van diploma's, certificaten en andere titels van dierenarts, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten, en nr. 78/1026, inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de werkzaamheden van dierenarts.

Deze vraag is gerezen in het kader van een strafvervolgging tegen Vincent Auer, verdacht van het onwettig uitoefenen van de diergeneeskunde in Frankrijk. Auer, die oorspronkelijk de Oostenrijkse nationaliteit bezat, studeerde diergeneeskunde te Wenen (Oostenrijk), vervolgens te Lyon (Frankrijk) en tenslotte te Parma (Italië), waar hij in 1956 het diploma van doctor in de diergeneeskunde, in 1957 een voorlopige verklaring van vakbekwaamheid en in 1980 het certificaat van toelating tot dit beroep behaalde.

In 1958 vestigde hij zich in Frankrijk om aldaar zijn beroep uit te oefenen.

Nadat hij in 1961 door naturalisatie Frans staatsburger was geworden, verzocht hij herhaaldelijk om toelating tot uitoefening van het beroep van dierenarts. Deze aanvragen werden steeds afgewezen op grond dat hij voor zijn diploma enkel de «academische erkenning» had gekregen. Hij is er dus niet in geslaagd zich op het tableau van de Orde van dit beroep te laten inschrijven.

Van oordeel dat deze weigering niet gerechtvaardigd was, is hij te Mulhouse toch een diergeneeskundige praktijk begonnen. In het kader van de in 1978 ingestelde strafvervol-

ging had de Cour d'appel te Colmar het Hof reeds een eerste prejudiciële vraag voorgelegd, die erop was gericht te vernemen of het feit dat iemand die het recht heeft verworven in een andere Lid-Staat het beroep van dierenarts uit te oefenen, in Frankrijk een verbod krijgt opgelegd om genoemd beroep uit te oefenen, niet een beperking vormt van de vrijheid van vestiging neergelegd in de artikelen 52 en 57 van het Verdrag.

Artikel 57 van het Verdrag had toen met betrekking tot de toegang tot het beroep van dierenarts nog geen toepassing gevonden, aangezien de twee genoemde richtlijnen van de Raad pas op 18 december 1978 zijn vastgesteld.

In zijn arrest van 7 februari 1979 heeft het Hof overwogen :

— dat gedurende het tijdvak voorafgaande aan de datum waarop de Lid-Staten de noodzakelijke maatregelen zullen moeten hebben getroffen om aan de betrokken richtlijnen te voldoen, de onderdanen van een Lid-Staat zich hierop niet kunnen beroepen ten einde het beroep van dierenarts in die Lid-Staat op andere dan de door de nationale wetgeving gestelde voorwaarden te kunnen uitoefenen ;

— dat dit antwoord niet prejudicieert aan de werking van de voornoemde richtlijnen op het moment waarop de Lid-Staten deze zullen hebben moeten toegepast ;

— en tenslotte, dat geen enkele bepaling van het Verdrag een ongelijke behandeling toelaat van de onderdanen van een Lid-Staat wegens het tijdstip of de wijze waarop zij de nationaliteit van die Staat hebben verworven.»

Op 20 december 1980 had de Franse Republiek nog niet aan de voornoemde richtlijnen voldaan ; de uitvoeringsmaatregelen werden pas op 20 oktober 1982 vastgesteld. Auer had intussen zijn beroep te Mulhouse verder uitgeoefend zonder op het tableau van de Orde van dierenartsen te zijn ingeschreven. Hij werd opnieuw vervolgd wegens het onwettig uitoefenen van de diergeneeskunde ter zake van feiten die zich hadden voorgedaan in de periode na het verstrijken van de termijn voor de tenuitvoerlegging van de betrokken richtlijnen, maar voor de vaststelling van de Franse wet die eraan uitvoering heeft gegeven.

In dit strafgeding heeft Auer aan de gemeenschapsvoorschriften ontleende rechten ingeroepen, stellende dat, nu ten tijde van de omstreden feiten de termijn waarbinnen de Lid-Staten aan de voornoemde richtlijnen moesten voldoen was verstreken zonder dat Frankrijk de noodzakelijke uitvoeringsmaatregelen had genomen, de bepalingen van de richtlijnen rechtstreekse werking hadden gekregen en hij derhalve het recht had zijn beroep in Frankrijk uit te oefenen.

Dit geschil heeft de Cour d'appel te Colmar ertoe gebracht de navolgende prejudiciële vraag te stellen :

«Vormt het feit dat een persoon, die in een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen die hem de in artikel 3 van richtlijn nr. 78/1026 vermelde diploma's heeft afgegeven, het recht heeft verworven het beroep van dierenarts uit te oefenen en die de nationaliteit van een andere Lid-Staat heeft verkregen, zich moet laten inschrijven bij een nationale orde, aan welke voorwaarde krachtens het interne recht moet zijn voldaan om het beroep te mogen uitoefenen, terwijl de termijn van twee jaar voor het nemen van de noodzakelijke maatregelen om te voldoen aan de richtlijnen nrs. 78/1026 en 78/1027 is verstreken, een beperking

van de bij de artikelen 52 en 57 EEG-Verdrag ingestelde vrijheid van vestiging?»

De orde van dierenartsen merkt op dat Auer's diploma geenszins voldoet aan de in richtlijn nr. 78/1027 neergelegde opleidingsvoorwaarden.

Auer wijst erop dat richtlijn nr. 78/1026 de Lid-Staten ertoe verplicht de in artikel 3 vermelde diploma's te erkennen, en dat ook de hem in Italië afgegeven diploma's daarin worden vermeld. Hieruit zou voor hem het recht voortvloeien om het beroep van dierenarts in Frankrijk uit te oefenen, nu de richtlijn de Lid-Staten duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijk verplichtingen oplegt en dus rechtstreekse werking kan hebben, in die zin dat zij door een particulier kan worden tegengeworpen aan een Lid-Staat die zijn verplichting om binnen de gestelde termijn aan de richtlijn te voldoen niet is nagekomen.

Het Hof stelt vast dat de «diplome d'abilitazione» waarvan Auer houder is volkomen overeenstemmen met die welke in artikel 3 van de richtlijn worden vermeld.

De omstandigheid dat het certificaat is opgesteld vóór de feiten die tot de inbeschuldigingstelling van Auer hebben geleid, laat de rechtspositie van deze laatste geheel onverlet, daar het betrokken document het recht om het beroep uit te oefenen niet «ex nunc» doet ontstaan, maar eenvoudigweg aantoonst dat de eerder afgegeven diploma's in overeenstemming zijn met richtlijn nr. 78/1027.

Met betrekking tot de specifieke vraag van de nationale rechter, namelijk of een onderdaan van een Lid-Staat die in een andere Lid-Staat de titels heeft behaald op grond waarvan hij het beroep van dierenarts mag uitoefenen, ook het recht heeft dit beroep uit te oefenen zonder op het tableau van de Orde van dit beroep te zijn ingeschreven, betogen de partijen in het hoofdgeding dat de betrokkene zich niet aan de verplichting tot inschrijving kan onttrekken, zelfs niet indien zijn diploma's en certificaten geldig zijn.

Het Hof stelt vast dat de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten waarbij de verplichte inschrijving bij de Orde van het beroep wordt opgelegd op zichzelf dus niet onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

De overeenstemming van deze verplichting met het gemeenschapsrecht is evenwel afhankelijk van de naleving van de fundamentele beginselen van dit recht en met name van het non-discriminatiebeginsel. De inschrijving op het tableau van de Orde van het beroep mag immers niet worden geweigerd op gronden die geldigheid van een in een andere Lid-Staat verkregen titel miskennen, wanneer deze titel behoort tot degene die alle Lid-Staten krachtens het gemeenschapsrecht moeten erkennen.

In antwoord op de hem voorgelegde vraag heeft het Hof voor recht verklaard :

«Een onderdaan van een Lid-Staat die gerechtigd is het beroep van dierenarts uit te oefenen in een andere Lid-Staat, die hem een van de diploma's, certificaten of andere titels als bedoeld in artikel 3 van richtlijn nr. 78/1026, zij het vóór de tenuitvoerlegging hiervan, heeft uitgereikt, heeft het recht dit beroep met ingang van 20 december 1980 in de eerste staat uit te oefenen, op voorwaarde dat de bevoegde autoriteiten van de staat waar hij zijn diploma heeft behaald hem een attest hebben afgegeven, waarin wordt verklaard dat dit diploma aan de voorschriften van artikel 1 van richtlijn nr. 78/1027 voldoet.

Het ontbreken van een inschrijving bij een nationale

orde van dierenartsen kan geen beletsel vormen voor de uitoefening van het beroep en evenmin een rechtvaardiging voor een strafvervolgning ter zake van onrechtmatige uitoefening van het beroep, wanneer die inschrijving in strijd met het gemeenschapsrecht is geweigerd.»

BOEKEN

P. SENAËVE, **Het vaderschap van de echtgenoot**, Kluwer Rechts-wetenschappen, Antwerpen, 1982

Deze studie is een bewerking van het proefschrift dat, met het oog op het verkrijgen van de wettelijke graad van doctor in de rechten, door de auteur op 25 november 1981 aan de K.U.Leuven verdedigd werd.

Een grondig onderzoeker moet onvermijdelijk zijn onderzoeks-onderwerp afbakenen. Terecht beperkt de auteur zijn studie: a) tot de *afstamming van vaderszijde* binnen het huwelijk; b) tot de *vaststelling* — en het corrolarium, de *betwisting* — van de op het huwelijk gebaseerde afstamming van vaderszijde. De gevolgen van de vastgestelde of betwiste afstamming worden niet behandeld.

Bijna 97 op 100 kinderen worden in België binnen het huwelijk geboren en hebben dus de echtgenoot van hun moeder tot vader, op grond van het maxime «Pater is est...». In zijn historische inleiding toont de auteur aan hoe dit maxime geleidelijk niet langer als een vermoeden ging functioneren dat bij betwisting aangaande het vaderschap als bewijsmiddel kon worden ingeroepen, maar zich ontwikkelde tot een grondregel van materieel recht, behoudens betwisting in de limitatieve gevallen en volgens de beperkende regels waarbij deze toegelaten is.

Doel van de studie is de materie van het vaderschap van de echtgenoot vanuit een rechtshervormend standpunt te behandelen, rekening houdend met de twee basisopties voor een nieuw afstammingsrecht: *gelijkheid* van statuut voor alle kinderen en bevordering van de *waarheid* in de afstammingsrelaties, zowel biologische waarheid als socio-affectieve waarheid; met name de rol van het bezit van staat moet volgens de auteur, naar Frans voorbeeld, geaccentueerd worden.

Bij de behandeling van zijn thema gaat de auteur telkens uit van de beschrijving van het *geldende recht* ter zake, op grond van een studie van de voorbereidende werkzaamheden en van de rechtsleer, en van een uitputtende analyse van de rechtspraak: ook voor de praktijkjurist biedt het werk een schat aan inlichtingen.

Vervolgens worden de *recente ontwikkelingen* aangegeven die vastgesteld worden in enkele uitgekozen Westeuropese rechtsstelsels (die van Frankrijk, Nederland, West-Duitsland, Luxemburg, Zwitserland, Oostenrijk, Italië en Portugal), en wordt de voorgestelde hervorming zoals die vervat ligt in het wetsontwerp Van Elslande besproken.

Ten slotte wordt telkens aan de hand van de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek en van de evaluatie van het regeringsontwerp, een eigen standpunt *de lege ferenda* geformuleerd.

Het werk is zeer sterk gestructureerd, rond twee hoofdthema's: *Deel I*: De vaststelling van het vaderschap van de echtgenoot. Hoofdstuk I: Algemene beschouwingen omtrent de regel «Pater is est».

Hoofdstuk II: Toepassingsvereisten voor de regel «Pater is est». Hoofdstuk III: De uitgebreidheid van de regel «Pater is est». Hoofdstuk IV: Gezag en geldingskracht van de regel «Pater is est».

Deel II: De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Hoofdstuk I: Algemene vereisten voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

Hoofdstuk II: De titularissen en de termijn inzake de vordering tot betwisting van het vaderschap.

Hoofdstuk III: De organisatie van de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

Hoofdstuk IV: Modaliteiten van de vordering tot betwisting van het vaderschap.

Het is onbegonnen werk een bespreking te wijden aan elk van deze hoofdstukken. Noodgedwongen beperken we ons tot enkele losse beschouwingen.

Terecht opteert de auteur voor het *behoud van de vaderschapsregel* en verwerpt hij de vervanging ervan door een systeem van vrijwillige erkenningen, aangevuld in voorkomend geval door een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap (zoals voorgesteld door de Noorse commissie tot herziening van het kinderrecht in 1977 en de Engelse auteur Meteyard, die tevens de opheffing van het huwelijk als juridisch instituut voorstaat).

De primaire functies van de vaderschapsregel blijven steeds: het kind reeds vanaf zijn geboorte een bepaalde status verlenen en een oplossing bieden voor het feit dat het juridisch vaderschap onmogelijk automatisch kan volgen uit het fysiologische vaderschap.

De secundaire functies van de regel, zoals het bevorderen van de rust der gezinnen, het verdedigen van het huwelijksstatuut, zijn niet van die aard dat zij een liberalisering van de regel in de weg zouden staan.

De afstamming van een in het huwelijk geboren kind blijft samengesteld uit drie elementen: moederschap, huwelijk van de moeder en in derde instantie vaderschap van de echtgenoot van de moeder. De afstamming van een niet in het huwelijk geboren kind daarentegen wordt gevormd uit twee elementen, moederschap en vaderschap, die op een van elkaar onafhankelijke manier worden vastgesteld.

Het wetsontwerp Van Elslande voorziet in drie hiërarchische wijzen van vaststelling van de *afstamming van moederszijde*, t.a.v. zowel de gehuwde als de ongehuwde moeder. Voorop staat de geboortekte met aanduiding van de naam van de moeder (Mater semper certa est). De tweede vaststellingswijze is de erkenning door de moeder. In laatste instantie kan de afstamming van moederszijde gerechtelijk worden vastgesteld; alle bewijsmiddelen mogen hier worden aangehaald, o.m. bezit van staat.

De auteur betreurt dat het *bezit van staat* van afzonderlijke en buitengerechtelijke wijze van vaststellen van de afstamming van moederszijde *gedegradeerd* wordt tot een gewoon bewijselement in het kader van de gerechtelijke wijze van vaststelling van die afstamming.

De vaderschapsregel is in het ontwerp Van Elslande toepasselijk op de kinderen die *geboren* worden tijdens het huwelijk of vóór het verloop van de termijn van de maximale wettelijke zwangerschapsduur sinds de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk.

Het *wettelijk tijdvak van de verwekking* wordt niet uitgebreid, maar het onweerlegbaar karakter van het wettelijk vermoeden wordt verlaten.

Binnen het wettelijk tijdvak van verwekking wordt de verwekking geacht te hebben plaatsgehad op het voor het kind gunstigste ogenblik. Ook het onweerlegbare karakter van dit vermoeden *Omnino meliore momento* wordt echter opgeheven.

Het wetsontwerp Van Elslande schakelt de vaderschapsregel ab initio uit t.a.v. het kind dat geboren wordt meer dan 300 dagen na de verduijning van de echtgenoot, ingeval deze afwezig verklaard is; echter niet t.a.v. het kind geboren 300 dagen na het begin van een «wettelijke» of feitelijke scheiding; in deze laatste gevallen wordt het vaderschap wel uitgeschakeld bij erkenning door een andere man.

Geïnspireerd door de Franse wetgever is Senaëve voorstander van de automatische uitschakeling van de vaderschapsregel in geval van «wettelijke» scheiding en in geval van feitelijke scheiding, voor zover de vrederechter in het kader van de dringende en voorlopige maatregelen van art. 223 B.W. de echtgenoten een afzonderlijk verblijf heeft toegewezen.

Naar komend recht, waar de vordering tot betwisting van het vaderschap wordt uitgebreid tot andere «titularissen» dan de man, is er geen enkele reden om de term «ontkenning van vaderschap» aan te houden. In het wetsontwerp Van Elslande wordt volkomen terecht de benaming «betwisting van vaderschap» aangewend, ook wanneer het gaat om de vordering die uitgaat van de echtgenoot.

M.b.t. de betwisting van het vaderschap is in de moderne afstammingssystemen een aanzienlijke liberalisering opgetreden, zonder dat er evenwel sprake is van een vrije bewijsvoering tegen de vaderschapsregel.

De mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap is uitgebreid tot andere personen dan de *echtgenoot* zelf: in het ontwerp Van Elslande kunnen ook het *kind* zelf en de *moeder* het vaderschap

betwisten, maar niet het openbaar ministerie en de verwekker; de erfgenamen blijven subsidiair bevoegd het vaderschap te betwisten.

De termijn waarbinnen dezen moeten optreden is enigszins verlengd, maar blijft korter dan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn. In het wetsontwerp Van Elslande is telkens een absolute termijn van vijf jaar voorzien te rekenen vanaf de geboorte voor de echtgenoot en de moeder, vanaf de meerderjarigheid voor het kind. De auteur oefent hierop kritiek uit: een relatieve termijn van twee jaar, te rekenen van de voor het niet-vaderschap van de echtgenoot relevante omstandigheden, lijkt hem meer aangewezen voor echtgenoot en kind; een termijn van één jaar, te rekenen vanaf de geboorte, volstaat ruimschoots voor de moeder.

Alleen de beperking i.v.m. de gevallen waarin het vaderschap kan worden betwist en i.v.m. de grondvereisten voor het tegenbewijs zijn volledig weggevalen: het tegenbewijs mag in principe in alle gevallen geleverd worden, en dit door alle middelen rechtens.

De auteur stelt voor om, naar Luxemburgs voorbeeld, bij ontbreken van bezit van staat, de betwisting van het vaderschap aan een «gunstregime» te onderwerpen en soepeler vereisten te stellen m.b.t. de termijn en m.b.t. de rechthebbenden. Zo moet ook degenen die beweert de werkelijke vader van het kind te zijn, de gelegenheid krijgen om, tijdens de minderjarigheid van het kind, door alle middelen rechtens het vaderschap te betwisten dat voortvloeit uit een geboorteakte die niet door bezit van staat wordt bevestigd. Om zijn juridisch belang bij de betwisting te rechtvaardigen moet hij vooraf het kind erkennen (welke erkenning dan weer geen uitwerking heeft zolang het vaderschap niet definitief door een gerechtelijke uitspraak is uitgeschakeld).

Bijzondere aandacht besteedt de auteur aan de invloed van een geboorte na kunstmatige inseminatie op de mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap. Bij kunstmatige inseminatie met semen van de echtgenoot (K.I.E.) tijdens het leven van de echtgenoot moet betwisting van het vaderschap zowel de lege lata als de lege ferenda uitgesloten worden.

Bij kunstmatige inseminatie met semen van de vooroverleden echtgenoot moet een uitbreiding van de vaderschapsregel tot na diens overlijden overwogen worden, voor zover deze praktijk zich verspreidt.

Het kind verwekt door kunstmatige inseminatie van een gehuwd vrouw met semen van een donor (K.I.D.) valt onder de vaderschapsregel.

De situatie waarin K.I.D. zou zijn toegepast zonder de toestemming van de man, stelt geen enkele bijzondere moeilijkheid: hij zal het vaderschap kunnen ontkennen binnen het geschetste wettelijke kader; de lege lata kan het bewijs van de K.I. met sperma van een derde bv. in de plaats komen van dat van het overspel.

Ingeval de K.I.D. evenwel is doorgevoerd met toestemming van de echtgenoot, kan deze toestemming de lege lata op zichzelf geen grond van onontvankelijkheid uitmaken t.a.v. de uitoefening van een vordering tot betwisting, gelet op de onbeschikbaarheid van de (vordering van) staat. De lege ferenda wordt in het ontwerp Van Elslande terecht gesteld dat de vordering tot betwisting van het vaderschap niet wordt toegewezen «indien de man toestemming heeft gegeven tot een daad die de verwekking van het kind tot doel heeft gehad».

Het hoofdstuk over de kunstmatige inseminatie getuigt, zoals alle hoofdstukken van dit werk, van de wetenschappelijke grondigheid (zie ook de zeer uitvoerige bibliografie), het doorzicht, het briljant redeneringsvermogen en de zwierige — misschien soms ietwat overladen — schrijfstijl van de auteur.

Het boek van Patrick Senaev is ongetwijfeld een topper in de Nederlandstalige rechtsliteratuur, de kroon op een reeds omvangrijke wetenschappelijke produktie, maar, gelet op de enorme werkkraft van de betrokkene, zeker niet het eindpunt.

Het pessimistisch besluit van de auteur op het einde van zijn studie willen wij evenwel niet als definitief beschouwen, namelijk zijn «overtuiging dat in de huidige maatschappelijke context een evenwichtig en tegelijk rechtvaardig afstammingsrecht, dat rekening houdt met de grote verscheidenheid in de hedendaagse huwelijks situaties, niet eenvoudig kan zijn». Het blijft een essentiële opdracht de vereenvoudiging van de rechtsregels na te streven om het recht voor de burgers eindelijk meer toegankelijk te maken.

J. Gerlo

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad, 1983

nr. 27, 16 juli

A.W. Koers, Het Verdrag van de VN inzake Recht van de Zee; M.F.J.N. Van Osch, Wijziging van art. 61 Woonwagewet; een rem op het slepen?; W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, Enige ontwikkelingen in het alimentatierecht; H. Van Maarseveen, Ombouw van een reputatie; Honderdnegende vergadering Nederlandse Juristen Vereniging: rede van de voorzitter en notulen; A.M. Donner, Over de circulaire inzake binnentreden; J. Krul-Steekete, Verslag vergadering Psychiatrisch Juridisch Gezelschap; Rechtspraak Benelux-Gerechtshof, Hoge Raad en kort geding; X., Tijdschriften; X., Invoering nieuw Burgerlijk Wetboek — Streefdatum 1 januari 1985 niet haalbaar; X., Wijziging opiumwet; X., Gezinshereniging en de verblijfsrechtelijke positie van kinderen van migranten — Beleidsnota van de staatssecretaris van Justitie; X., Stakingsrecht ambtenaren; X., Melding buitenlandse boycotmaatregelen; X., Uitbreiding gemeentelijk belastinggebied; X., Algemene regels van bestuursrecht — Wetsontwerp in voorbereiding.

nr. 28, 13 augustus

Redactie, Ter herinnering aan vier juristen; X., Brieven aan Bouterse; M. Schreuder-Vlasblom, Zo kan het ook: het Leids Staatskundig Jaarboek; Rechtspraak Hoge Raad; X., Wetgeving; X., Mensenrechten in Suriname; X., Deregulering, Tussenrapport Commissie Geelhoed; X., Tijdelijke voorzieningen rechtsbijstand; X., Tweeverdieners; X., Procedure bestemmingsplan sterk ingekort; X., Misbruik van B.V.'s; X., Opheffing Raad binnenlands bestuur; X., Afschaffing doodstraf. Wetsontwerp naar Raad van State; X., Onderzoek aan kleding gedetineerden; X., IAO-verdrag gelijke kansen; X., Nieuwe regeling voor het uitnodigen van vluchtelingen.

nr. 29, 3 september

M.J.C. Koens, De toelating en het voortgezet verblijf van buitenlandse jeugdigen in Nederland; L.J.M. De Leede, Kroniek van het sociaal zekerheidsrecht; B.J.J. Schwanebeck, Advocaten en deurwaarders opgelet!; E. Kalshoven-Van Tijen, Het Belgisch-Nederlands Taalunieverdrag. Een reactie (met naschrift van G.-R. De Groot); G. Van Maanen, Hinder in het nieuw B.W. Een reactie (met naschrift van R.J.P. Kottenhagen en P.A. Kottenhagen-Edzes); G. Beydals, Ontnuiming ter handhaving van de openbare orde (met naschrift van L. Damen en R. De Lange); Rechtspraak Hof van Justitie EG en Hoge Raad; X., Wetgeving; X., Bezetting rechterlijke macht; X., Wet Overeenkomst wegvervoer in werking getreden; X., Modernisering van het arbitragerecht. Wetsontwerp voor advies naar de Raad van State; X., Vermogensrechtelijke gevolgen van echtscheiding; X., Staat dagvaardt Shell ex art. 21 Interimwet Bodemsanering; X., Suriname. Klachten ingediend bij het Comité voor de Rechten van de Mens; X., Werving en selectie van etnische minderheden; X., Jeugddelinquentie. WODC-rapport; X., Criminaliteitsbeheersing in Enschede. WODC-rapport; X., Voetsurveillance verbetert relatie politie-publiek. WODC-rapport; X., Rechtsbescherming in het welzijnsbeleid; X., Wetten op leeftijd; X., Kamervragen.

Revue trimestrielle de droit civil, 1983

nr. 2, april-juni

P. Jestaz, L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature; F. Grua, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs; X., Bibliographie des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires; Jurisprudence française en matière de droit civil: personnes et droits de famille (R. Nerson en J. Rubellin-Devichi); obligations et contrats spéciaux: obligations en général (F. Chabas); responsabilité civile (G. Durry); contrats spéciaux (P. Remy); propriété et droits réels (C. Giverdon); successions et libéralités (J. Patarin); jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé: organisation judiciaire et juridiction (J. Normand); procédure, jugements et voies de recours (R. Perrot); P. Gode, Législation française et communautaire; E. Vieujan, Chronique de droit belge.